

# POR DON DIEGO DE MENDOZA Y AHVMADA, vezino de la ciudad de Granada,

## EN EL PLEYTO

Con doña Catalina de Ahumada y Mẽdoça su ſobrina, muger de don Iuan de Ahumada, vezinos de la ciudad de Ronda.

Y CON

Don Franciſco de Ahumada, vezino de ella, que deſpues saliò oponiendoſe como tercero en la inſtancia de reuiſta.

---

*En Granada, Por Baltaſar de Bolibar, y Franciſco Sanchez, en la calle de las Hileras. Año de 1646.*



S ſobre el vinculo y mayorazgo que fundó doña Gracia de Mendoça, abuela y viſabuela de las partes, el qual pretende el dicho don Diego que es incompatible con el mayorazgo antiguo de los Ahumadas q̃ poſſee la dicha doña Catalina, en el qual por ſentēcia de viſta eſtá declarado por legitimo ſuceſſor con los frutos, y que ſin embargo de la nulidad intentada por doña Catalina, alegando ſer nulo el juyzio, y todos los autos del, y ſentencia, por no auerſe ſubſtanciado legitimamentē la cauſa por defeto de curador ad litem, por ſer menor la ſuſodicha: y de la opoſicion del dicho don Franciſco ſe ha de confirmar la dicha ſentencia.

2 ¶ Y para dar a entender la juſticia del dicho don Diego diuidiremos eſta alegaciō en quatro articulos, y en cada vno de ellos referiremos el hecho que le correſponde.

3 ¶ En el primero ſe fundarà no auer nulidad en el juyzio, y auerſe ſubſtanciado legitimamente ſin auer faltado a la forma del derecho.

4 ¶ En el ſegundo ſe tratarà de la juſticia principal, y como los dichos mayorazgos ſon incompatibles, y que el dicho don Diego es el legitimo ſuceſſor del que fundo la dicha doña Gracia ſu abuela.

5 ¶ En el tercero, que la ſentencia pudo ſalir en los mayorazgos que determinó, y que quanto a eſto no tiene nulidad la ſentencia de viſta.

6 ¶ En el quarto ſe ſatisfarà a la opoſicion del dicho don Franciſco de Mendoça Ahumada, y verificarà como en concurſo tambien de el ſuſodicho toca la suceſsion a el dicho don Diego.

# Primero Articulo.

7 ¶ El hecho pũtual deste pleyto cõsiste, enq̃ el dicho don Diego puso demanda en esta Corte a la dicha doña Catalina de Mendoça Ahumada su sobrina, y al dicho dõ Iuan de Ahumada su marido, pretendiendo ser incompatibles los mayorazgos de Ahumada y Mendoça, y no poder concurrir en la persona de doña Catalina; y pertenecerle a esta parte como a su tio legitimo, hermano de don Francisco Ahumada, padre de la susodicha, ambos hijos de don Francisco de Mendoça Ahumada, y este hijo de la dicha doña Gracia fundadora. Pidió emplaçamiento, y la ordinaria de menores.

8 ¶ Cometiòse la notificacion del dicho emplaçamiento a vn Recetor de esta Real Audiẽcia, y auiendola hecho en persona a el dicho don Iuan, declaró ser mayor de veynte y cinco años: y la mesma diligencia hizo con doña Catalina en presencia de su marido.

9 ¶ Despues los dos otorgan poder à Iuan Garcia de Llamas, Procurador de esta Real Chancilleria, el dicho don Iuan diziendo ser mayor de veynte y cinco años, y la dicha doña Catalina con licencia expressa, intervencion, y assistẽcia de su marido, especial para que los defienda de la demanda de este pleyto.

10 ¶ En virtud del dicho poder el Procurador puso excepciones en nombre de la dicha doña Catalina, y de don Iuan de Ahumada su marido, y substanciado, y concluso el pleyto, se pronunció sentencia de vista, y se pusieron en la cabeça de ella a ambos marido y muger, y su procurador en su nombre.

11 ¶ De la qual se suplicó por los susodichos, y dixo de nulidad, pretendiendo no auer podido consistir el juyzio por defeto de poder legitimo, y que no lo fue bastante el del marido, como

mo conjunta persona, siendo estos bienes de mayorazgo que pertenece a la muger, ni el otorgado por doña Catalina con licencia y assistencia de su marido, porque auia de ser curaduria ad litem, cō decernimiento de la justicia, por quanto era menor en aquel tiempo.

12 ¶ Y formó articulo, pretendiendo, que ante todas cosas se declarasse por nula la dicha sentencia, y juyzio, y nombrò curador ad litem.

13 ¶ Por parte de don Diego se dixo de bien sentenciado, y alegó no auer nulidad, y que el juyzio ha corrido legitimamente, y conforme a derecho: y los autos que en esto han salido fueron, reservar la nulidad para difinitiua.

14 ¶ Los fundamentos de que se vale doña Catalina para justificar el articulo de la nulidad, son.

15 ¶ El primero, que el juyzio hecho con don Iuan de Ahumada, como marido de la susodicha, no puede subsistir, por ser sobre bienes q̃ pertenecen a doña Catalina, *ad textum in l. maritus, C. de procurat.* & ibi Paul. de Castro *num.* 2. Baldo *cons.* 478. *vol.* 5. Bertrand. *con* 129. *num.* 4. *vol.* 6. Menoch. *de arbitrar. lib.* 2. *casu* 39. *num.* 23. Trentacinq. 2. *var. tit. de procurat, resolut.* 5. *num.* 10. Fontanel. *de pact. nupt. tom.* 2. *clausul.* 6. *glos.* 1. *part.* 3. *num.* 34. *in fine*, Barbos. *in collectan. ad dict. l. maritus* 21. *C. de procurat. num.* 9.

16 ¶ Y en particular por la prerrogatiua de ser de mayorazgo, en que forçosamente ha de ser convenida la muger, por no passar el dominio de los tales bienes en el marido, Bal. *in cap. significauit, num.* 3. *de rescript.* Palac. Rubios *in cap. per vestras, §.* 43. *num.* 10. *de donat. inter.* Dom. Molina *de primogen. lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 32. Ferrer. *de metuo, tempor.* 3. *declarat.* 9. *num.* 88. & 114. Montealegre *in praxi, lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 338. Dom. D. Ioseph. Vela *dissertat.* 4. *num.* 97.

17 ¶ A que respondemos no ajustarse esta oposicion y fundamento contrario al hecho

del

del pleyto, supuesto que en el se halla, que dō Diego no solo puso la demanda a don Iuan de Ahumada, si no a la dicha doña Catalina su muger, y se sacò emplaçamiento contra los dos, y fueron citados, y dieron poder, y siguieron el juyzio, y ambos estan en la cabeça de la sentencia, con que las mesmas doctrinas referidas vienen a ajustarse en fauor de esta parte, sin embargo de que aun quando el juyzio fuesse solo con el marido, como conjunta persona, sobre bienes dotales, ay muchos q̄ defienden ser valido el juyzio, y prejudicar la sentencia a la muger, ex *l. si pro re 22. ff. de euict. l. Maeuia 50. § fin. ff. solut. matrimon. l. doce ancillam, C. de rei vendic.* vbi Bald. Alberic. & Salicet. Iaso *in l. maritus, num. 1. C. de procurat.* Bart. *in l. de die 8. §. quidam, ff. qui satisdar. cogant.* Dom. Gregor. *in l. 20. tit. 22. part. 3. glos. 4. in princip.* Didac. Castill. *in l. 55. Tauri, num. 44.* Anton. Gom. *in l. 40. Tauri, num 73. vers. Confirmatur.* Quesada *diuers. quaest. cap. 14. num. 22.* Parlador. *lib. 2. rer. quotid. cap fin. 5. part. § 9. num. 23.* Barb. *in l. doce ancillam, num. 4. C. de rei vendic.*

18 ¶ El segundo fundamento, y el principal en que se ha insistido para que la sentencia de vista se declare por nula, viene a ser en dezir, que doña Catalina a el tiempo que fue citada, y dió poder era menor, y como tal auia de nombrar curador ad litem, y este substituyr la curaduria dicernida por la justicia en procurador de esta Corte, y auiendole omitido esta solemnidad, iudiciū non tenet, *l. acta 45. ff. fin. l. contra pupillum, ff. de re iudicat. l. 1. & 2. C. de his qui leg. person. non hab. standi in iud. l. cum minores, in principio, C. si aduersus rem indicat. l. clarum 4. C. de Auth. praestand. l. Vniuersis, C. qui dar. tutor. pos. l. 1. tit. 25. part. 3.*

l. acta §... de re iudic...

19 ¶ Tradunt DD. *in l. certum, § fin. ff. de confess.* Alexand. *in l. si ex legati causa, num. 8. ff. de verbor. obligat.* Aegid. Bos. *in tit si advers. rem iudicat. num. 22.* Roland. à Valle *cons. 31. num. 1. lib. 1.* Plaza *in epithome delict. cap. 32. num. 12. in fin.* Iul. Clar. *§. fin. quaest. 50. in princip.* Caldas Pereyra *in l. si curatorem*



*habens,*

habens, in princip. num. 9. C. de in integr. Perez de Lara de vita homin. cap. 24. num. 11. Giurba decis. 109. num. 5. Montealegre in praxi, lib. 1. cap. 5. num.

20 ¶ Quod procedit etiam, q̃ el menor convenido sea casado, porq̃ le ha de seguir el juyzio con curador, l. 1. C. qui pet tutor. Bart. in l. sancimus, §. sed si quis, num. 3. & ibi Bald. num. 11. C. de administr. tutor. Afflict. decis. 216. num. 12. & 380. num. 6. quam plurimos congerit Giurba decis. 109. num. 4. Dom. Perez de Lara de vita homin. cap. 24. nu. 34. Dom. D. Ioseph Vela dissertat. 5. á num. 20. Messia in l. toleti 6. fund. 2. part. num. 10. fol. mihi 64. qui loquitur in vxore minore, verúm satisfazemos multiplici medio.

21 ¶ Túm, porque eo ipso que se celebra matrimonio por hijo de familias, sale de la patria potestad, l. 8. tit. 1. lib. 5. Recopil. Anton. Gom. in l. 48. Tauri, vbi Regnicolæ Matienç. in dict. l. 8. glos. 1. à num. 2. Azeued. ibidem num. 1. Parlador. lib. 1. quotid. cap. 12. num. 8.

22 ¶ Y tãbien es cierto de derecho, que casandose menor de veynte y cinco años sale de la curaduria iure nostro Regio, sin embargo de las diferencias y disputas que los Doctores movierõ de derecho comun, ex l. 6. tit. 17. part. 7, l. 3. tit. 15. part. 2. Didac. Perez in l. 3. tit. 11. lib. 4. ordinam. Monterros. in prax. tabel. tractat. 7. in pract. de tutel. & curat. vers. Y la otra curaduria. Azeued. in dict. l. 8. tit. 1. lib. 5. Recopilat. á num. 47. Dom. Castillo lib. 4. contr. cap. 28. num. fin. à vers. Et hactenus, vsquè ad finem, licet contrarium tenet Parlador. dict. lib. 1. cap. 12. num. 9.

23 ¶ Y en lo que todos van conformes es, que si la hembra siendo menor casa con mayor de veynte y cinco años, nihil dubij el extinguirse la curaduria, sic expresse deducitur ex l. 3. tit. 15. part. 3. ibi: Fasta que sea casada, dict. l. 6. tit. 17. part. 7. Escobar de ratiocin. cap. 6. nu. 25. Pat. Molin. de instit. & iur. disp. 221. num. 17. Dom. Castill. dict. lib. 4. cap. 28. vers. Suadet etiam. Parlad. dict. cap. 12. nu. 7. in fin.

*in fin.* ibi: *Quinimò tolerabilius id esset in fœmina, quam in masculo, quia nempè maritus curatoris defectum suppleret.*

24 ¶ Tùm, porque tambien es indubitable, que el marido es legitimo y verdadero administrador de los bienes pertenecientes a la muger, assi dotales, como parafrenales, *l. pen. & fin. tit. 4. lib. 5 ordinam l. 4. & 5. tit. 9. lib. 5. Recopilat.* Anton. Gom. *in l. 50. Tauri, num. 20. ad finem,* vers. *Hodie tamen.* Dom. Gregor. Lopez *in l. 17. tit. 11. part. 4. glos. 2.* vers. *Et de iure Regni,* & *in l. 6. tit. 11. part. 6. glos. 4. quæst. 4.* Azeued. *in dict. l. 4. tit. 9. lib. 5. num. 22* Gutierrez *de iurament. 1. part. cap. 1. num. 53.* Morquecho *de diuis. bonor. lib. 2. cap. 7. num. 6. & 7.* Dom. Castillo *de vsufruct. cap. 4. num. 16.* vers. *Licet aliud sit.* Dom. D. Ioseph Vela *dissertat. 1. num. 3. & 4. & dissert. 4. num. 13. & dissert. 9. num. 27.*

25 ¶ Tùm, y lo principal, porque la muger constante el matrimonio no puede comparecer en juyzio, ni dar poder sin licencia del marido, *l. 55. Tauri,* ibi: *La muger durante el matrimonio sin licẽcia de su marido.* Et infra: *Ni pueda hazer contracto, ni estar en juyzio haziendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido,* quæ est *l. 2. tit. 3. lib. 5. Recopilat.* & ibidem DD.

26 ¶ De que se induze, que supuesto que en el caso presente se puso la demanda a doña Catalina y a don Iuan su marido, y que auiendose notificado a los dos, dieron poder, el como mayor de veynte y cinco años, y ella con licencia del susodicho a vn mesmo procurador juntamente, parece superfluo, y sin fundamento la nulidad que se propone de no auer nombrado curador, siquidẽ con solo que el marido huuiesse dado poder parece bastaua, pues podia muy bien su curador ad litem delos negocios tocantes a su muger. ita in casu Bart. *in l. si quis, §. Iulianus, ff. de procurat.* Speculator *in tit. de curatore, §. vt autem,* vers. *Sed nunquid vir.* Bald. *in l. 1. in fin. de excusat. tutor.* Guid. Pap. *singul. 421.* Montan. *de tutél. cap. 35. num. 39.* Gutierrez

eodem tractat. cap. 20. num. 32. Giurba dict. decis. 109. num. 9. Dom. Perez de Lara *de vita homin. cap. 24. num.* 35. aunque attento iure communi no pudiesse serlo ad bona de la susodicha, ex §. *item. Instit. de excusat. tutor.* laté Giurba *dict decis.* 109. *num.* 8.

27 ¶ Y a esto conduze lo que los Doctores, tocando el punto en terminos, advierten, y dan por cautela, de que en las demandas que se ponen a el marido sobre bienes pertenecientes à la muger, juntamente se cite a ella para el juyzio, vt videre est per Didacum Castillo in *l.* 55. *Tauri, num.* 30. vers. *Vnum*, illic: *Vnum tamen est necessariũ, & menti tenendis, quod licet mulier coniugata pro se in causa propria in iudicio stare non potest, ipsa tamen si convenitur, vel quin super re sua agitur, debet citari, non maritus pro ea.* Ganma *decis.* 182. que habla en terminos de sucession de patronato, ó jurisdicion perteneciente a la muger, per totum, vbi in principio, inquit: *Decreuisse olim Senatum reperi in non nullis processibus, vt citetur vxor illius, qui convenitur super iure patronatus, Ecclesiarum, vel iurisdictione, sicut in alijs causis, iuxta l. Regiam, lib.* 3. *tit.* 32. Flores de Mena *in addit. ad dict. decis.* 182. *in fin.* ibi: *Quod secus erit in bonis dotalibus, & paraphrenalibus, & ideò cautela erit, vt vxor citetur cum marito, & sic videò semper practicari*, Marta *in compilat. digestor. tom.* 1. *tit. de citatione, capit.* 93.

28 ¶ Quapropter con solo auer precedido la citacion le deue prejudicar la sentencia a la dicha doña Catalina, *l. sæpé, ff. de re iudicat. cap. fin. eodem tit. l.* 20. *tit.* 22. *part.* 3. vers. *Otro si dezimos*, Cancer. *lib.* 2. *variar. cap.* 16. *num.* 52. latè Fontanell. *de pactis, claus.* 6. *glos.* 1. *part.* 3. *num.* 32. Dom. Salgad. *de Regia protection.* 4. *part. cap.* 8. *á num.* 273. *& á num.* 327.

29 ¶ Tùm etiam, porque si la muger casada no puede comparecer en juyzio, ni dar poder sin licencia del marido, *ex dict. l.* 55. *Tauri*, antes si huuiera nombrado curador ad litem doña Catalina por si sola, fuera nulo el juyzio, *d. l.* 55.

*in fin.*

*in fin.* ibi: *E si estuuiesse por si, o por su procurador* (scilicet de la muger) *mandamos que no vale lo que hiziere,* auiendose puesto la demanda a los dos marido y muger, y ambos otorgado poder juntamente, y doña Catalina con licencia expressa, y assistencia de su marido a vn propio procurador, y este defendidolos, y alegado lo mismo q̃ aora haze, sin adelantar cosa alguna de nueuo, viene a ser de mucha mayor eficacia y firmeza el juyzio con estas circunstancias, nam propter quod vnumquodque tale, & illud magis, *l. & si non, §. peruenimus, ff. de aur. & arg. legat. l. quanto magis, C. de iur. iur. Auth. multo magis, C. de sacros. Eccles.*

30 ¶ Tùm deniquè, porque esta nulidad de contrario opuesta no mira a la justicia principal de la defensa de la causa, y assi los mayorazgos son compatibles, ò no, si no a la de querer inualidar el processo por vnas circunstancias y escrupulos leues, y sin substancia, a que no se deue atender, siquidem ocasionara a nueuos pleytos, gastos y diferencias, que se deuen obiar, ad textum, in *l. fin. §. fin. ff. quod met. caus. l. illicitas, §. veritas, ff. de offic. Præsid.* Vantius *de nullitat. tit. vlt. á nu.* 106. *cum seqq.* Gama *decis.* 237. *num.* 2.

31 ¶ Prẹcipuè en este Tribunal superior donde se ha de estar a la verdad, argum. *l.* 10. *titul.* 17. *lib.* 4. *Recop.* y que se halla en tiempo la otra parte de por reuocacion de la sentẽcia de vista des hazer qualquiera agrauios en caso que lo huuiera, vt optimè Aluar. Valasc. *de iur. emphyt.* 2. *part. quæst.* 6. *num.* 14. ibi: *Ex qua fluxit practica magni Senatus circa exceptiones nullitatum, quæ opponuntur sententijs quando transeunt per Cancellariam, reperiuntur enim multoties euidentes nullitates, quæ nec ex dict. l. Reg. tit.* 49. *lib.* 3. *possunt suppleri; iubent enim integerrimi Senatores ad occurrendum illis nullitatibus, quãdo vident causam secundum veritatem, & iustitiam, fuisse iudicatam, vt pars quæ nullitatem obijcit, alleget de suo iure quidquid vellit, & si vident, quod solum prætendit nullitatem sine effectu, quia in puncto iuris non fouet iustitiam, nec allegat*

*aliquid relevans, confirmant sententiam, & iubent eam transire per Cancellariam, non obstantibus exceptionibus, & condemnant obicientem in duplicatis expensis, &c.*

# Segundo Articulo.

32 ¶ Don Francisco de Ahumada, y doña Gracia de Mendoza su muger tuuieron por sus hijos a don Iuan de Ahumada, que fue el mayor, don Francisco de Mendoza y Ahumada, que fue el segundo, y don Andres de Ahumada el tercero.

33 ¶ Y el dicho don Francisco de Ahumada dio poder y facultad a doña Gracia su muger para que pudiesse testar por el, y hazer mayorazgo de mil ducados de renta en don Francisco de Ahumada su hijo segundo, subijciens statim: *El qual pueda otorgar la dicha doña Gracia con las fuerças, clausulas, vinculos y firmezas, llamamientos, y demas condiciones necessarias que a ella le pareciere.*

34 ¶ En virtud deste poder y facultad doña Gracia de Mendoza mandò el tercio y quinto de los bienes de don Francisco de Ahumada su marido, a don Francisco de Mendoza y Ahumada su hijo segundo, para el y sus descendientes por via de vinculo y mayorazgo, con que guardasse en el todas las clausulas y grauamenes, que le tenia puestas en la manda del tercio de sus bienes, q̄ le auia hecho en su testamento cerredo, so las penas que en la dicha clausula del se contenian.

35 ¶ Y lo que por su testamento en quāto a el tercio de sus bienes auia dispuesto, fue dexarlo a el dicho don Francisco de Mendoza y Ahumada su hijo segundo. Et statim prosequitur his verbis.

36 ¶ *Y el dicho don Francisco mi hijo goze durante su vida de los dichos bienes y renta dellos, y en fin de sus dias suceda este dicho vinculo en su hijo mayor varon. Y no teniendo hijo varon, suceda en hembra la mayor, con que sean de legitimo matrimonio, y no de otra manera. Y no*

*no teniendo hijo de legitimo matrimonio el dicho don Francisco, o hijas, segun dicho es, suceda a este vinculo y mayorazgo en don Andres de Ahumada mi hijo legitimo, y por fin de el en su hijo, o hija mayor por la misma orden, prefiriendo siempre el varon a la hembra, aunque sea menor el varon de ambos a dos. Y no teniendo hijos los dichos don Francisco, y don Andres de legitimo matrimonio, este dicho vinculo suceda en el hijo segundo de don Iuan de Ahumada mi hijo, con que se nombre del apellido de Mendoza Ahumada. Y si el dicho don Iuan de Ahumada mi hijo no tuuiere mas que vn solo hijo varon, este varon lo aya y herede este dicho vinculo, con que qualquier sucessor que por este orden suceda, dexe este dicho vinculo a su hijo segundo. Por manera, que en qualquier tiempo que por falta de hijos legitimos de los dichos don Francisco y don Andres viniere este vinculo a el hijo mayor del dicho don Iuan de Ahumada mayor que tuuiere por falta de segundo: este mayor dexe este dicho vinculo a el hijo segundo que tuuiere, con que se nombre del apellido de Mendoza y Ahumada, y no de otra manera. Y por este mismo orden si por falta de hijo segundo del dicho don Iuan de Mendoza y sus sucessores viniere en la persona que huuiere los mayorazgos de mi padre y abuelo, y suegro: el tal sea obligado a dexarlo a su hijo segundo en qualquier tiempo que lo huuiere. Y esto todo se entiende muriendo los dichos don Francisco y don Andres sin hijos legitimos, porque teniendolos qualquiera de ellos, o sus descendientes, ha de suceder en los hijos mayores varones que tuuieren.*

37 ¶ Por muerte de doña Gracia sucedio el dicho don Francisco de Mēdoza en este mayorazgo que del tercio de los bienes de su madre, y tercio y quinto de los de su padre se auia fundado, y don Iuan de Ahumada su hermano mayor, sucedio en los mayorazgos fundados por Andres de Ahumada, y Diego de Ahumada su abuelo, y visabuelos paternos, y por Francisco de Mendoza su abuelo materno. Y despues de algunos años murio el dicho don Iuan de Ahumada sin dexar hijos, ni descendientes, con que vacaron los mayorazgos que posseia, y sucedio en ellos el dicho dō

Francisco de Mendoza y Ahumada su hermano segundo, y todos los dichos mayorazgos juntos los tuuo y posseyò mientras viuio.

38 ¶ Y a el tiempo que a el dicho don Francisco de Mendoza murio, dexò por sus hijos a don Francisco de Ahumada, que fue el mayor, y a don Diego de Mendoza y Ahumada, Actor en el pleyto, que fue el hijo segundo. Y el dicho don Francisco de Ahumada se entrò en todos los dichos mayorazgos, y los gozò mientras viuio, por estar ausente en seruicio de su Magestad don Diego de Mendoza y Ahumada su hermano segundo.

39 ¶ Muerto don Francisco de Ahumada continuò la possession de los dichos mayorazgos doña Catalina de Ahumada su hija, que casò con don Iuan de Ahumada Luzon su primo segundo, y nieto de don Andres de Ahumada, que fue el hijo tercero, que como aduertimos supra, *num.* 32. tuuieron doña Gracia de Mendoza, y dō Francisco de Ahumada su marido.

40 ¶ Con que don Diego de Mendoza y Ahumada puso demanda en esta Corte a la dicha doña Catalina de Ahumada su sobrina, y tiene sentencia de vista en su fauor, por la qual se declara pertenecerle la sucession de el mayorazgo que del tercio de sus bienes fundò la dicha doña Gracia, y de el tercio y quinto de los de don Francisco de Ahumada su marido.

41 ¶ Y aunque por doña Catalina de Ahumada se pretende que la incompatibilidad solo se considerò por doña Gracia en los hijos de dō Iuan su hijo mayor, y que en la linea de don Francisco de Mendoza y Ahumada, que fue el hijo segundo, la sucession es regular, y no se puede, ni deue hazer extension de caso a caso, ni de persona a persona, etiam ex verosimili voluntate testatoris, *l. si quis ita, §. penult. ff. de testament. tutel. l. quæ conditio, ff. de condit. & demonstrat. l. si ita quis, ff. de vulgar. & pupilar.* Gratian. *tom. 2. disceptat. forens. cap.* 275. *num.* 31.

num. 31. Dom. Molin. *lib. 1. cap. 4. num. 4.* Mieres *de maiorat. 4. part. quæst. 6. num. 104.* principalmente quando la extension es de grauamen impuesto a algunas personas propijs nominibus expressis, *l. Celsus, §. quod alicuius, ff. de legat. 2. l. si plures. ff. de legat. 3.* Casanat. *cons. 53. num. 34. & 36.* Y se quiere ampliar a los primeros llamados, que por juzgarse predilectos no es licita esta extension, *l. quoties la 2. C. de fideicommiss.* vbi optimè Bald. Mier. *2. part. quæst. 4 illat. 8. num. 221.* Y que si la dicha doña Gracia huuiera querido comprehender el caso que sucedio, lo huuiera expressado, *l. vnica, §. sin autem ad deficientis, C. de caduc. tollend. cap. ad Audientiam de decim. cap. inter corporalia, de translat. Episcop.* Y no auiendolo hecho, se deue tener por caso omitido, qui remanet in dispositione iuris communis, *l. commodissime, ff. de liber. & posthum.* Y no solo no lo expressò, pero antes en el fin de la clausula dixo, que todo lo que dexaua dispuesto se entendiesse muriendo don Francisco de Mendoza, y don Andres de Ahumada su hijo segundo y tercero sin dexar descendientes: y assi no se ha de induzir exclusió, vbi in verbis dispositionis non reperitur expressa, Menoch. *cons. 243. num. 20. libr. 3.* Dom. Castillo *lib. 3. cap. 15. à n. 22.*

42 ¶ Sin embargo parece notoriamente justificada la pretension de don Diego,

43 ¶ Lo primero, porque el mayorazgo se fundò en hijo segundo, teniendo como tenian los fundadores a su hijo mayor viuo, que era don Iuan, y deste primer llamamiento se saca luz y inteligencia verdadera para las demas substituciones, *l. in ratione 11. §. si filio, ff. ad l. falcidiam*, ibi: *Vt enim opes patris, & contributio legatorũ inde capiunt & formam, & originem, ita plures substituti sub ducta persona pupilli reuocandi sudt ad intellectum institutionis, l. qui fundum 87 §. qui filios, in fin. ff. eodem*, ibi; *Est igitur rationi congruens, ne plus iuris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituit, l. 3. ff. de fund. instruct*, ibi: *Talem in fideicommissi causam*

 dedu-

*deductam videri placuit, qualis fuerat legatus, l. 1. C. de impuber. & alijs substitut.* pulchrè Roland. *cons.* 76. *num.* 7. *& seqq. vol* 3. Roscetal. *de feud. cap.* 7. *quæst.* 36. *num.* 2. Mieres 2. *part. quæst.* 6. *num.* 340. Mar. Giurb. *de success. feudi, §.* 2. *glos.* 5. *num.* 86. & 88. eruditè Stephan. Federic. *de qualitatib. contract. cap.* 19. *num.* 22. ibi. *Et lex imposita primogenito, cui cæteri gradus subordinantur, maximè si honorem & nomen disponentis respiciat, non circumscribitur persona designata, sed generalis titulus, & qualitas totius successionis propter vniforme desiderium defuncti, quod omnibus applicatur;* plenè Dom. Castill. *tom.* 6. *cap.* 178. *num.* 2. & *cap.* 181. *num.* 10.

44 ¶ El qual por este fundamento en el *num.* 34. resuelue, que si en vna disposicion se excluyò el primogenito, y se llamò el secundo genito, se ha de admitir lo mismo en los demas grados en que huuiere la misma razon, teniendo el mayorazgo por de secundo genitura, ibi. *Aut si in eadem dispositione iuri communi derogatum fuerit, prout in terminis ipsis præcipui dubij huius à capitis, quando scilicet primogenitus, aut existens in proximiori gradu exclusus fuit, & secundo genitus, vel qui existit in remotiori gradu vocatus, & prælatus est; tunc namque ex quo in aliquo gradu iã derogatum est iuri communi, & secundo genitus, aut remotior præfertur, etiam in alijs gradibus repetitio, aut relatio concedenda erit, subsistente eadem ratione, etiam si derogetur iuri communi excludendo, scilicet primogenitos, aut proximiores, & admittendo secundo genitos, vel remotiores.*

45 ¶ Y se confirma su sentencia, porque quando consta que el fundador se apartò en su disposicion de las reglas del derecho, no se ha de recurrir a ellas para interpretar su voluntad, si no antes se toma presumpcion contraria, *l. in his, ff. de regul. iur.* ibi: *In his quæ contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris,* optimè Honde. *cons.* 48. *num.* 40. & 44. *vol.* 2. Surd. *cons.* 116. *num.* 67. *vol.* 1. & *cons.* 215. *num.* 27. *in fin.* & *num.* 28. *vol.* 2.

162

46 ¶ Lo segundo, porque si a don Iuan de Ahumada, que era el hijo mayor, y como tal el mas amado, cum ipsa natura primogeniti ardentius diligantur, *l.2.tit.15.part.2.vers. Ca segun natura*, & pluribus Sacræ Scripturæ, Phylosophorum, & nostrorum testimonijs comprobat, Tiraquell. *de iur. primogenit. in præfat. num. 34. & seqq.* Domin. Molin. *lib. 1. cap. 2. num. 4.* Mier. 1. *part. quæst. 21. num. 44. & 47.* Tiber. Decian. *respons. 7. numer. 69. vol. 1.* Mart. *de success. legal. 4. part. quæst. 10. art. 1. num. 7.* le dexò de llamar doña Gracia, por juzgarle impedido cō los mayorazgos fundados por Andres de Ahumada, y Diego de Ahumada su abuelo y visabuelo paternos, y por Francisco de Mendoza su abuelo materno; con quanta mayor razō avremos de dezir lo mismo en otro qualquiera sucessor que se hallare impedido, y embaraçado cō la possession de los dichos mayorazgos, ne in pari causa impedimenti magis dilectus esset deterioris conditionis, contra el dictamen natural, y regla de la *l. si viua matre*, vbi Pinel. *num. 16. cum sequentib.* & communiter omnes, *C. de bon. matern.* y la *l. Publius Mænius, §. Titia, ff. de condit. & demonstr.* quam exornat Bart. *in l. si mater, num. 2. vers. Primo quia si aliud diceremus, ff. de vulgar. & in l. Gallus, §. etiam si parente, num. 5. ff. de liber. & posthum.* vbi tradit non esse præsumendum, minus dilectum admitti in casu quo magis dilectus non fuit, aut non esset admissus, Ruin. *cons. 3. num. 16. & cons. 150. num. 8. lib. 2.* Cephal. *cons. 196. num. 18. & 19. lib. 2* Ias. *in dict. l. si mater nu. 5.* Casanate plures referens, *cons. 15. num. 25. 26. & 27. & cons. 20. num. 44.* Tiber. Decian. *dict. respons. 7. num. 72.* Aldobrandin. *cons. 29. num. 61.* Achil. Pedroch. *cons. 20. à n. 106. & cons. 40. à num. 304.* Peregrin. *de fideicom. art. 25. num. 43. & 44.*

47 ¶ Y esto se halla executado en la misma disposicion, pues quando juzgò doña Gracia que podia auer el cōcurso de los dichos mayorazgos, que era en falta de las lineas de don Francisco y don

y don Andres, sucediendo la de don Iuan de Ahumada, no llamò a su hijo mayor, sino a el hijo segundo, prohibiendo absolutamente el concurso de los dichos mayorazgos, vt inferius dicetur.

48 ¶ Lo tercero, porque las razones que pudieron mouer a los fundadores para excluyr a don Iuan de Ahumada, y constituyr el mayorazgo en don Francisco de Mendoza hijo segundo, y prohibir el concurso y junta deste mayorazgo cō los de los abuelos; quando llegasse la sucession a la linea de don Iuan, no pudieron ser otras que las dos, que comunmente consideran los Doctores. La primera el tener por bastantemente proueydos y acomodados a los primogenitos con los mayorazgos de los abuelos, vt animaduertit Alciat. *respons.* 101.*num.* 17.*lib.* 9. ibi: *Prætereá potuit testator cogitare, quod satis deberet esse primogenito de bonis paternis, & ideo ipse secundogenito sua reliquerit, quæ ratio cessaret, quando idem esset, qui & patri & ipsi testatori succederet.* La segūda el desear conseruar de por si su memoria, armas y apellido, huyendo de los medios y personas en quien se podian ofuscar, y confundir, como eran los primogenitos successores de los dichos mayorazgos, vt prudenter obseruauit Rippa *in Rubric. C. de secundis nuptijs, num.* 7. & 12. & *in respons.* 1. *sub tit. de substitut. á num.* 15. optimè Alciat. *dict. respons.* 101. *in fin.* Thesaur. *lib.* 1. *forens. quæst.* 34. *num.* 6. Roland. *cons.* 58. *nu.* 80. *vol.* 3. Natta *cons.* 676. *num.* 41. *vol.* 4. Menoch. *cons.* 97. *num.* 90. *lib.* 1. Mier. 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *num.* 25 Dom. Castillo *tom.* 6. *cap.* 178. *nu.* 15. pro quibus facit Ratio *text. in l. familiæ* 196. *ff. de verbor. signif.* ibi: *Quia qui nascuntur patris, non matris familiam sequūtur*, & illud Ruth. *c.* 4. vbi propinquus, cui successio iure cognationis competebat cum onere nominis gerendi, repudiauit successionem dicens: *Cedo iuri propinquitatis, nec enim posteritatem familiæ meæ delere debeo*, Dom. Molin. *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 1. & melius *num.* 39. vbi post Dominic. & alios hoc eleganter perpendit.

Y no

49 ¶ Y no pudiendose considerar conforme a la resolucion comun de estos Doctores otra razon, ni motiuo que pudiessen tener los fundadores mas que las referidas, deuen obrar lo mismo q̃ obraran si se huuieran expressado, ex glos. *in l. quãuis*, verbo, *curauit*, *C. de fideicommiss.* vbi communiter DD. Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 9. & ibi Addit. Mantic. *de coniect. lib.* 6. *tit.* 14. *n* 20. Gama *decis.* 33. *n.* 6. Ant Gom. *in l.* 45. *Tau. n.* 17. *vers. Primo quia*, Antonin. Amat. *tom.* 1. *variar. resolution.* 1. *num.* 86. Dom. Castillo *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 89. *& copiose tom.* 6. *cap.* 169. *num.* 35. *& cap.* 170 *per tot.* & in nostris terminis optimè idem Dom. Castillo *cap.* 18. *num.* 8.

50 ¶ Porq̃ qualquiera disposicion y substitucion se ha de regular y interpretar por la causa y razon final, nedum expressa, verum etiam tacita, & præsumpta, & coniecturata, *cap. suggestum*, & ibi Decius *notabil.* 2. *de appellat. l. cum pater*, *§. dulcissimis*, *ff. de legat.* 2. *cum vulgat.* Mascard. *de probat. conclus.* 1287. *num.* 84. Ioan. Gutierrez *lib.* 3. *quæst.* 17. *num.* 98. Dom. Perez de Lara *de anniuersarijs*, *lib.* 1. *cap.* 20. *num.* 46. & conuenit Dom. Mol. vbi supra, Mieres 2. *part. quæst.* 6. *num.* 104. *&* 105. *&* 353. & alijs adductis Dom. Castill. *lib.* 5. *cap.* 169 *num.* 35. quia in vltima defunctorum scrutanda, atque interpretanda voluntate cõiecturati, & expressi eadem est potentia, & ius, Cæsar Barzius *decis. Bonon.* 121. *num.* 9. Hieronym. Gabriel *cons.* 140. *num.* 92 *lib.* 1. Menoch. *cons.* 110. *num.* 40. *cum seqq. lib* 2. *& de præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 45. *à nu.* 1. Honded. *cons* 61. *numer.* 48. *lib.* 2. Surd. *cons.* 22. *num.* 4. *lib.* 1.

51 ¶ Con que siendo como es innegable que las dos razones que hemos ponderado, y en particular la de confundirse este mayorazgo, juntandose con los de los abuelos, no solo militaua en don Iuan, y en su hijo segundo, si no tambiẽ en don Francisco de Mendoza, llegando a posseer

los mayorazgos de sus abuelos, y en los demas sucessores, en todos ellos se deue tener por prohibida la junta, y concurso delos dichos mayorazgos, y ha de proceder lo dispuesto en la linea de don Iuan, como si expressamente en los demas sucessores se huuiera dispuesto lo mismo, y esto no tanto por via de extēsion, como en fuerça de verdadera y propia comprehension, ex dict. *l. cum pater, §. dulcissimis, ff. de legat. 2. l. fin. ff. de hæredib. instituend. l. 2. §. si mater, ff. ad Tertulian.* ibi: *Verba rescripti deficiunt, sed dicendum est eamdem esse rationem, & illic puto licet verba deficiant sententiam constitutionis locum habere, l. Gallus, §. quidam rectè, ff. de liber. & posthum. l. regula, §. fin. ff. de iur. & fact. ignor.* Bald. *in l. quod vero, num. 1. ff. de legib. & in l. omnes populi, num. 25. ff. de iust. & iur.* latè Tiraquell. *in tract. cessante causa, á num. 149. vsque ad 160.* Decius *cons. 227. num. er. 8.* Mantic. *de coniectur. lib. 6. titul. 14. num. 10. & 11.* vbi quod quando eadem ratio adest, non valet argumentum, quod testator non expresit, videtur enim omnis casus in quo militat eadem ratio. vnde casus omissus á testatore habetur pro expresso, & substitutio facta in vno casu, trahitur ad aliū quando ratio diuersitatis reddi non potest; optimè Dom. Molin. *lib. 1. cap. 5. á num. 7. vsque ad 11.* & ibi latè Addit. Petrus Caball. *cons. 163. á nu. 16. lib. 1.* maximè *num. 22.* ibi: *Quando enim pluribus casibus est eadem ratio: tunc enim vna & eadem ratio numero decidit omnes casus emergentes, non per extensionem, sed per comprehensionem; nam sicut genus comprehendit omnes species; ita ratio generalis omnes casus sub ea repertos.* Mieres *2. part. quæst. 6. á num. 19 & num. 516. cum pluribus seqq.* Dom. Castill. *lib. 3. cap. 28. á num. 22. & tom 6. cap 169. á num. 17. & 24. cum seqq. & cap. 171. fere per tot.* & in nostris terminis videndus, omnino *in cap. 181. á n. 3. vsque ad 9.*

52 ¶ Lo qual no solo procede quando faltan las palabras; pero aunque parezca que repugnan, vt post alios animaduertunt Hieronym. Grat. *respons. 156. num. 43. lib. 2.* ibi: *Præterea non ita supinè*

*supinè intelligitur illud dictum, sed debet limitari, quando ratio & mens testatoris aliud dictaret: quia tunc non solum dispositio habet locum in casu, quem verba non comprehendunt, sed in casu cui verba repugnant.* Decian. *respons.* 16. *num.* 13. & 14. *lib.* 1. ibi: *Quæ quidem ratio si verbis repugnaret, potius esset attendenda, quam verba.* Francisc. Beccius *cons.* 41, *num.* 6. *lib.* 1. Hippolyt. Riminald. *cons.* 400 *num.* 130. Ratio enim dispositionis præfertur, atque dominatur verbis sicut anima corpori, Decian. *cons.* 7. *num.* 68. *lib.* 5. Mandel. Albens. *cons.* 771. *num.* 30. & *cons.* 773. *nu.* 17. Surd. *decis.* 19. *num.* 1. & *de aliment. tit.* 8. *præuileg.* 58. *n.* 9. Honded. *cons.* 34 *num.* 29. *lib.* 1. Simon de Prætis *lib.* 2. *interpretat.* 4. *dubit.* 2. *solut.* 3. *n.* 15. D. Castill. *lib.* 5. *c.* 160 *n.* 23.

53 ¶ Lo quarto y con que se confirma lo precedẽte, es por auer la fundadora puesto grauamen del apellido de *Mendoza y Ahumada*, con q̃ significò mas el intento que tenia de querer conseruar su memoria, y la de su marido, hoc enim præceptum memorię, atque familiæ conseruationem, & perpetuitatem respicit, *l. legatum, ff. de administrat. rer. ad ciuit. pertinent. l. quintus, §. Pomponius, ff. de annuis legat.* Zas. *cons.* 2. *num.* 32. *lib.* 1. Mier. 2. *part. quæst.* 4 *illat.* 8. *num.* 77. vbi ex Decian. *responso* 7. *num.* 18. *lib.* 1. & alijs animaduertit hoc prę ceptum delationis nominis, & armorum esse causam finalem dispositionis, quippè cum hac via desideret testator eius memoriam in æternum perducere, quod etiam comprobant Thesaur. *decis.* 270. *num.* 19. & *seqq.* Burg. de Paz *in proœmio leg. Taur. num.* 27. mirabiliter Alex. Raudens. *variar. cap.* 39 *num.* 4. & 7. & ferè per tot. *nu.* 132. & *seqq.* Y para este efecto se presume auer impuesto el dicho grauamen, *l. cum filius* 78. *§. pater, ff. de legat.* 1. *l. lex quæ tutores, C. de administrat. tutor.* ibi: *In qua maiorum imagines, aut non videre efficax, aut reuulsas videre, satis est lugubre, l. Quintus, §. ad authoritatem, ff. de ann. legat. l. Basilicam, C. de operib. public.* Lambertin. *de iur. patronat. lib.* 3. *quæst.* 5. *principal. art.* 4. *n.* 2. & 8.

Guiller-

Guillermus Benedict. *in cap. Raynuntius*, verbo, *Raynuntius, num.* 50. & verbo, *vxorem nomine Adelasiam, num.* 22. *de testam.* Paris. *cons.* 19. *num.* 36. *& seqq. lib.* 2. Menoch. *cons.* 326. *num.* 66. Mier. *dict. quæst.* 4 *illat.* 8. *num.* 93. 94. *&* 154. Burgos de Paz *in proœmio leg. Taur. num.* 22. Dom. Molin. *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 5. *&* 6.

54 ¶ Y no se conseguiria el fin que por este medio procurò la fundadora, si su mayorazgo se juntasse con los de su padre, y del padre y abuelo de su marido, que tēdran precepto de otros apellidos y armas, y quando no le tuuieran, siendo estos mayorazgos de mayor autoridad y renta, necessariamēte el posseedor los ha de tener por principales, haziendo cabeça dellos, y no de el mayorazgo sobre que es este pleyto, el qual con la mezcla de armas y apellidos, y junta de los otros, se confundiria y escureceria; quia potentius ius trahit ad se naturam minus potentis, cum simul permiscentur, *cap. si duo ex tribus.* & ibi Dominic. *notabil.* 3. *de offic. & potest. iudic. delegat. in* 6. & refert ex Buriat. & alijs Mier. *dict. illat.* 8. *nu.* 142 & magis dignum trahit ad se minus dignum, *l. cum quæritur, ff. de stat. hom. l. cum in diuersis, ff. de Religios. & sumpt. funer. cap. sacris de sepult.* vbi Abbas & Cardinal. Siluan. *cons.* 9. *num.* 24. Decius *cons.* 353. *num.* 5. Menoch. *de adipiscend. remed.* 4. *num.* 29. quos & alios ad idem conuocat Mier. *dict. illat.* 8. *num.* 135. vbi *num.* 127. ex eadem ratione ait; quod in eo euentu, seu concursu arma principalia trahunt ad se alia tanquam accessoria, quod nihil aliud esset, quam elidere & fraudare fundatorum dispositionem, vt considerat Mier. vbi proximè *num.* 124. & repetit *num.* 145. Nam ex commixtione maioratuum memoria quidem fundatorum quodammodo obumbratur, ex Dom. Molin. *d. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 29. Mier. *dict. illat.* 8. *num.* 93. *&* 94. Y no ay duda que este mayorazgo como menos antiguo, y de menor renta, juntandose, se auia de posponer siēpre a los otros, ex D. Mol. *d. c.* 14. *nu.* 36. *&* 37. vbi Addit.

Lo

55 ¶ Lo quinto, porque todo lo que hemos dicho se confirma con las palabras de la misma clausula, pues auiendo dispuesto doña Gracia de Mendoça, que no teniendo hijos don Francisco y don Andres, sucediesse en este vinculo el hijo segundo de don Iuan de Ahumada su hijo mayor, y que si el dicho don Iuan de Ahumada no tuuiesse mas que vn solo hijo varon, este lo huuiesse y heredasse. statim prosequitur, *con que qualquier sucessor que por este orden suceda dexe este dicho vinculo a su hijo segundo*, donde dió regla general y absoluta, no solo para don Iuan y su hijo primogenito, sino tambien para otro qualquier sucessor, en quien de la misma suerte viniessen a concurrir y juntarse este y los mayorazgos antiguos, porque la diccion, *qualquier*, es vniuersal, y comprehende todos y qualesquier sucessores, ex *l. cum quid, ff. si certum petat. glos. in l. omnes*, verbo, *quaslibet, C. de quadrienij præscript.* Decius *cons. 619. num. 2.* Rebuffus *in l. creditorũ 11. vers. Quilibet, ff. de verbor. significat.* Augustin. Barbos. *de dictionib. dict. 320. à num. 1.* sin que pueda admitir limitacion ni restriccion alguna, ex Bald. *in cap. Imperialem, in princip. de prohibit. feud. alienat.* Roland. *cons. 70. num. 42. lib. 3.* Barbos. *vbi proximé numer. 9.*

56 ¶ Y assi auiendo por muerte de don Iuan de Ahumada sucedido en los mayorazgos antiguos don Francisco de Mendoça, y subrogadose en su lugar, se verificaron en el las palabras referidas de esta clausula, y tuuo obligacion de dexar este mayorazgo a su hijo segundo.

57 ¶ Túm, porque la exclusion que por esta clausula huuo del primogenito no fue limitada a solo el primero, sino que se puso a todos los que se subrogassen en la calidad de la primogenitura: argum. textus *in l. quod Principi, ff. de legat. 2. l. annua, §. Titia, ff. de ann. legat. cap. quoniam Abbas, de officio delegat.* textus optimus *in l. seruus si hæredi 34. ff. de statu liber.* donde el esclauo a quien se dexó la libertad sub conditione, *si hæredi decem dederit*, no

 solo

solo cumple con darlos diez a el heredero, sed etiã hæredi hæredis potest, & tenetur dare, por subrogarse en su lugar, y suceder en el dominio, *quæ causa* (vt inquit Papinianus) *facit ambulatoriam, vt ita dixerim conditionẽ? Duæ sunt enim causæ per quas in hæredis primi persona conditio impletur, dominij ratio, item demonstratio personæ: prior causa transit in omnem successorem, ad quem pervenit statuliber per dominij translati continuationem: sequens personæ duntaxat eius, qui demonstratus est, adhæret*: conducit etiam textus *in l. si statulibera 6. §. statuliber, & §. non solum, l. si peculium, §. hæredi, l. ita liber 8. § fin. ff. eod. tit.* vbi etiam si nomina hæredum expressa fuerint idem admittitur, explicat eleganter Cuiac. *lib. 21. quæst. Papinian. in dict. l. servus si hæredi.* Y la calidad de primogenitura a que los fundadores atendieron; no es dudable que es perpetua, y sucessiuamente se continua, y passa de vn primogenito en otro, sicuti notauit Tiraquell. *de iur. primogenit. quæst. 40. à num. 1.* Peregrin. *consil. 64. num. 19. lib. 2.* Dom Couarr. *practicor. cap. 38. nu. 6.* Dom. Molin. *lib. 3 cap. 6. num. 29.* post Menoch. & alios, Dom. Castillo *lib. 5. cap. 93. §. 1. nu. 20. & 21.* Marta *cons. 193 num. 38.*

58 ¶ Tùm etiam, quia quoties dispositio exclusiua, non consistit in solo fauore inclusi, sed facta est propter conservationem memoriæ fundatoris, exclusio iudicatur esse generalis, & habet effectum, non solum in fauorem inclusi, sed etiam cuiuslibet personę, per cuius successionem fundatoris memoria conservatur, & effectus dispositionis consequitur, ita in specie voluit Bald. *in l. quod verò contra, num. 1. vers. In contrarium, ff de legibus,* & communiter DD. *in l. illam, C. de collat.* & in terminis Corn. *cons. 95. lib. 2.* vbi perpendit capitis exclusiui generalem rationem caput inclusum ampliare, adeò vt in eo censeantur positæ, non solum personæ nominatę, verùmetiam alię quæcunquè quarum successioni ratio generalis adaptatur, & convenit.

59 ¶ Túm denique, porque en nuestro caso

caso no necessitamos de valernos de estas reglas de derecho, quando tenemos voluntad clara de que en qualquier sucessor de los mayorazgos antiguos quisieron los fundadores que se obseruasse lo que dexauan dispuesto en don Iuan su hijo mayor, y que tuuiesse obligacion de dexarlo a su hijo segundo, vt constat ex verbis relatis *supra num. 36.* ibi. *Cō que qualquier sucessor que por este orden sucediere, dexe este dicho vinculo a su hijo segundo,*

66 ¶ Sin que esto se alterasse por las palabras siguientes, ibi. *Por manera, que en qualquier tiēpo que por falta de hijos legitimos de los dichos don Francisco y don Andres viniere este vinculo a el hijo mayor del dicho don Iuan de Ahumada, mayor que tuuiere, por falta de segundo, este mayor dexe este dicho vinculo a el hijo segundo que tuuiere.* Por manera que estas palabras no se añadieron para restringir y limitar la regla vniuersal que la fundadora dexaua dada, de que qualquier sucessor de los mayorazgos antiguos dexasse este vinculo a el hijo segundo, sed potius se sacó de esta regla ilacion para el caso especial de suceder en este vinculo, y los antiguos el hijo mayor de don Iuan de Ahumada, que huuiesse de dexar este mayorazgo a su hijo segūdo, regulariter enim la diccion, *ita quod,* a que corresponde en nuestro Castellano, *por manera que*, es ilatiua, vt animaduertunt Hieronym. Gabriel *cons.* 111. *á num.* 22. *volum.* 1. Socin. iun. *cons.* 163. *num.* 15. *&* 16. *volum.* 2. Peregrin. *de fideicommis. art.* 14. *nu.* 17. *& cons.* 38. *num.* 30. *volum.* 1. Honded. *cōs.* 69. *num.* 45. *volum.* 2. Y no se pone para restringir lo precedente, sino antes para ampliarlo, vt tradit Angel. *in l. nulla iuris ratio, ff. de legib.* Socin. sen. *cons.* 241. *num.* 16. *lib.* 2. Curt. sen. *cons.* 49. *sub num.* 40. *vers. Confirmantur præmissa.* Paris. *cons.* 90. *num.* 26. *&* 27. *volum.* 2. Beroi. *cons.* 77. *num.* 16. *volum.* 2. Purpurat. *cons.* 203. *num.* 8. Peregrin. *cons.* 51. *num.* 11. *&* 12. *volum.* 5. August. Mart. *de clausul. part.* 1. *claus.* 64. *num.* 2. Augustin. Barbos. *de clausul. claus.* 75. *num.* 2. *& de dict. dict.* 82. *num.* 2. 3. *&* 5.

61 ¶ Y aunque la diccion, *ita quod*, algunas vezes accipiatur restrictiué, lo cierto es que se ha de entender secundum subiectam materiam, ex ex Seraphin. *decis*. 911. *num*. 7. ibi: *Nam dictio*, ita quod, *varie accipitur restrictiué, vel declaratiué, aut ampliatiué secundum subiectam materiam*, sequitur Barbos. *dict*. 182. *num*. 4. Y en nuestro caso se ha de interpretar ampliatiue, por ser disposicion testamentaria, in qua plenior interpretatio semper fit, vt post Paris. *dict. cons*. 90 *à num*. 26. obseruat Barbos. *dict*. 182. *num*. 5. principalmente considerando, que las palabras vniuersales precedẽtes tenian su propria y cierta determinacion, y segun ella induxeron regla absoluta y general para todos los sucessores, con que el vers. *Por manera que*, se ha de entender q̃ se puso aumentatiue, y para comprehender el caso mas dificultoso; como era la exclusion de el hijo mayor de don Iuan de Ahumada, que era la linea primogenita, y como tal mas predilecta, vt de dictione, *ita quod*, post Beroi. Decium, Alciat. Ruin. Bertazol. & alios obseruat Augustin. Barbos. *dict. claus*. 75. *num*. 3. ibi: *Quando præcedit certa determinatio, vel verba præcedentia, hæc clausula, & similes*, ita vt: *Et sic, quæ habẽt certam, & propriamqué significationem stant augmentatiué, & extensiué, alioquin stant declaratiué, & aliquando restrictiué, seu taxatiué.*

62 ¶ Y quando se huuiera puesto para mayor declaraciõ, no por esso dixeramos que auia de restringir la regla que en lo precedente se auia dado, vt in simili dixit Rot. apud Seraphin. *dict. decis*. 911. *num*. 6. ibi: *Nam clausula illa*, ita quod, *ad illa ponitur eo loci ad maiorem declarationem.*

63 ¶ Confirmase este discurso, con que la regla general que en vna disposicion se dá, nunca en duda es visto restringirse por la enumeraciõ de algunas especies que despues se proponen, iuxta textum *in l. quæsitum, §. si quis fundum, ff. de fund. instruct*. ibi: *Vtrùm minuit legatum adyciẽdo speciem, an vero non? Quæritur, & Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundantia adiectum. l. si manu ipsa, ff. eodem,*

*ff. eodem l. regula, § licet, vers. Quoniam initium constitutionis generale est, ff. de iur. & facti ignorant.* Decius in toto iure, num. 15. 16. & 17. vbi etiã Petrus Fab. *ff. de regul. iur.* optime Paris. *cons. 92. num. 4. vol. 1.* vbi quod intelligitur posita species ad tollendam dubitationem, & exempli gratia, quẽ & alios plures referens sequitur Petrus Surd. *cons. 352. nu. 15. lib. 3.* Casanat. *cons. 44. nu. 45.* singulariter Grauet. *cons. 752. num. 5. & 6. vol. 5.* vbi subtiliter defendit: *Quod verba generalia, quæ præcesserunt per sequentia aliqua specialia restringi non debent; quamuis specialia verba ipsa omnibus non conueniant, quæ comprehensa sub generalibus sunt, Imol. in l. si ita quis, § ea lege, ff. de verbor. obligat. cuius dicti commemoratio crebra est apud Decium cõs. 12. ante fin. & cons. 35. num. 81. & cons. 299. num. 10. idque locum, tunc etiam habet cum ad restrictionem pertinere sequentia verba videntur, nihilo magis enim à scriptura generali præcedenti receditur, verum potior ipsa habetur, vtpote generalior, & plenior, l. si id quod, ff. de rescindend. vendit. l. si te solum, § 1. ff. de hæredib. instit.* D. Castill. *lib. 5. cap. 95. num. 30.*

64 ¶ Y se manifiesta con euidencia, que esta fue la mente y voluntad de la fundadora, pues luego añadió: *Y por este mismo orden, si por falta de hijo segundo del dicho don Iuan de Mendoza y sus sucessores, viniere en la persona que huuiere los mayorazgos de mi padre y abuelo, y suegro, el tal sea obligado a dexarlo a su hijo segũdo en qualquier tiempo que lo huuiere.* Con que boluió a confirmar la regla que al principio auia dado general y absoluta para qualquier sucessor en quien se juntassen los dichos mayorazgos.

65 ¶ Nec alicuius momenti sunt las palabras siguientes, en que se haze gran ponderació por los Abogados contrarios, ibi: *Y esto todo se entiẽde muriendo los dichos don Francisco y don Andres sin hijos legitimos, porque teniendolos qualquiera dellos, o sus descendientes ha de suceder, y los hijos mayores varones que tuuiere.*

66 ¶ Porque la verdad es, q̃ como la fundadora vio que don Iuan su hijo mayor era el sucessor

cessor en los mayorazgos antiguos, de cuya junta y concurso con el suyo y de su marido yua huyendo, añadio estas palabras para mayor exclusió de la linea de don Iuan, y de la junta y concurso que aborrecia de los dichos mayorazgos: y assi boluio a repetir en estas vltimas palabras, que el suceder la linea de don Iuan en el mayorazgo que fundaua de sus bienes, y de los de su marido, y la dispensacion que auia dado, para que no teniendo mas q vn hijo, sucediesse en los vnos y otros mayorazgos, se entendiesse muriendo don Francisco y dó Andres sus hijos sin descendientes, porque teniendolos auia de pertenecer la sucession de el mayorazgo que fundaua a sus hijos mayores varones q tuuiessen, y no a la linea de don Iuã, y lo que se puso para mayor exclusion, y impedimento de la jũta y concurso de este mayorazgo cõ los antiguos no ha de obrar contrario efecto, *l. quod fauore, ff. de legib. l. legata inutiliter, ff. de adimend. legat.*

67 ¶ Lo sexto, porq en qualquiera disposicion para su verdadera inteligencia, mas se ha de atéder a las causas y motiuos que huuo que no a la corteza de las palabras, iuxta text. *in cap. intelligentia de verb. significat.* ibi: *Intelligentia verborũ ex causis est assumenda dicendi, quia non sermoni res, sed rei sermo debet esse subiectus*: procurando mas seguir la mente y volũtad de los fundadores, que no sus palabras, *l. in conuentionibus 219. ff. de verbor. significat. l. fin. C. quæ res pignor.* ibi: *Cum sit iustum voluntatem contrahentium, magis quam verborum conceptiones inspicere; l. si quis ita, §. conditio,* ibi: *Sed melius est sensum magis quam verba amplecti, ff. de adimend. legat. l. nõ figura, ff. de obligat. & l. quisquis. ff. de verbor. significat.* cum adductis per Mol. *lib. 1. cap. 4. num. 20.* laté D. Castillo *lib. 4. cap. 7. à num. 4. & tom. 6, cap 181. à num. 5. & num. 7. in fin.* Nedum nimia vtimur circa verborum interpretationem subtilitate, iudicia testantium defraudentur, vt inquit Imperator *in l. si quis hæredem 7. C. instit. & substitut.* Angel. *cons 346. num. 1.* principalmẽte en disposicion hecha por vna muger que testó sin

sin consejo de Abogado, *vt in l. Codicillis 9 1. §. Lutius ff. de legat. 2.* ibi: *Lutius Titius hoc meum testamentum scripsi sine vllo iurisperito rationem animi mei potius sequutus, quam miseram, & nimiam diligentiam, & si minus aliquid legitimè, minus vè peritè fecero, pro iure legitimo haberi debet.* Y no pudo alcançar la fuerça y propiedad de las palabras, vt in simili obseruauit Bald. *cons. 40. num 1. circ. med. lib. 3.* Oldrad. *cons. 43. nu. 2.* vbi hac ratione inquit, ad simplex & nudum factum, vulgaritatemque quandam esse attendendum, & non ad iuris subtilitatem, & strictam verborum significationem, Iaso *cons. 51. n. 10. vol. 4.*

68 ¶ Y para conocer esta voluntad se ha de considerar y mirar todo el contexto de la disposicion, *l. Mæuia* 44. ibi: *Contextum verborum totius scripturæ, ff. de manumis. testam. l. nummis* 73. *ff. de legat.* 3. optimè D. August. *lib. 3. de doctrina Christian. cap.* 2. Mantica *de coniectur. tit. 13. d num. 1.* Casanat. *cons. 47. num. 35. & seqq.* Raudens. *cons. 35. d nu. 70. & 96. lib. 1.* Porque si se considerasse cada palabra, o parte de por si, facilmente se destruyria lo que el testador sintiò y quiso, vt respondit Summus Pontifex *in cap. propterea de verbor. significat.* eleganter Cicer. *lib. 2. de inuent.* vbi agens de controuersia, quæ in scripto versatur hoc consulit, & ait: *Quod si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia, aut pleraque videbuntur ambigua.*

69 ¶ Y considerado el contexto de toda la clausula, euidenter quidem apparet, que el animo y voluntad de la fundadora fue prohibir absolutamēte el cōcurso del mayorazgo de sus bienes, y de los de su marido, cō los mayorazgos de su padre, abuelo, y suegro, y q̄ el auer cōsiderado esta incōpatibilidad y cōcurso en la linea de don Iuā su hijo mayor, fue porque el susodicho era el sucessor y posseedor de los mayorazgos antiguos, y juzgó, que en el podia llegar a verificarse el concurso, y assi expressò el caso que juzgò podia suceder, vt in sua specie ponderauit Bart. *cons. 54. num. 4. ad fin.* lo qual no deue restringir la disposicion,

vt

vt in simili dixit Philip. Corn. *consi. 244. n. 8. vol. 2.* ibi: *Quod testator in eum casum instituit, quia illum solum venturum putabat, non vt vellet se adstringere, & num. 9.* illic: *Neque obstant illa verba, quæ ad præsens est grauidam nam non ponuntur limitatiuè, sed demonstratiuè, quasi demõstraret, quod erat spes in promptu, quod filius, vel filij oriretur, mares, vel fœminæ.* Ni hazer que dexe de extenderse, o por mejor dezir, que no aya de comprehender el caso semejante, y en que milita la misma razon, ex adductis supra *à num. 49. vsque ad 53.* Y que si se le preguntara a la fundadora verosimilmente, respondiera lo mismo, iuxta text. *in l. tale pactum § fin.* vbi glos. & communiter DD. *ff. de pact.* Porq el caso expressado se juzga puesto por razon de exemplo, & exempla non restringunt regulam, *vt in l. regula, §. fin. ff. de iur. & fact. ignorantia, l. 1. §. quod vulgo, ff. de vi & vi armat. l. damni infecti 30. §. quod dictum est, ff. de damno infecto,* vbi inquit Bald. & post eu Gotofred. *exẽpli causa, quod dicitur ad omne simile porrigitur.* Stephan. Federic. *de interpretat. iur. part. 3. pag. mihi 138.* Grauet. *consi. 544. num. 25.* Azeued. *in l. 4. num. 24. tit. 20. lib. 8. nou. compil.* Ni las cosas que se expressan por mayor frequencia, o por mas verosimil sucesso causam restriccion, ni exclusion de otras semejantes, Glos. *in clement. 1.* verbo, *præsidentes, de rescript.* quam ibi sequuntur Ant. de Butrio & Imol. Iason, *in l. 1. num. 14. ff. de legib. & in repetit. l. admonendi, num. 107. ff. de iur. iurand.* D. Molin, *lib. 3. cap. 5. n. 35.*

70 ¶ Confirmase todo lo que hemos dicho, conque siempre se atiende al efecto y fin principal que el testador consideró, y siempre que este se consigue tiene lugar su disposicion, aunque falten, y parezcan contrarias sus palabras, vt colligitur ex *l. Gallus, §. & quid si tantum,* ibi: *Vt ad similitudinem mortis trahatur ad casum deportationis, ff. de liber. & posth.* vbi institutio nepotis facta in casu mortis filij, extenditur ad casum si filius patiatur interdictum aquæ & ignis, vel emancipetur, *l. Titius, §. Lucius, ff. de liber. & posthum.* vbi in instituto hærede, co qui

qui nascetur extensio fit ad eum casum quando is natus iam erat tempore conditi testamenti ignorante testatore, *l. fin. C. de posthum. hæred. instit.* vbi institutio facta de posthumo nascituro post obitum testatoris trahitur ad casum, quo posthumus nascatur in vita eius, *l. fin. C. de instit. & substit.* vbi substitutio facta eo casu quo posthumus natus non sit extenditur ad casum, quo nascitur, & moritur, vel repudiat.

71 ¶ Nam prouisio facta in vnum casum, semper extenditur ad alium casum omissum si in eo testator idem verosimiliter dispossuisset, *l. quo loco, ff. de hæredib. instit. l. servo, ff. de condit. & demonstrat. l. si mater, C. de instit. & substitut.*

72 ¶ Ex quo etiam decisa fuit magna illa contentio inter Lutium Crasum, & Quintum Mutium Scœbolam, quam refert Cicer. *in orat. pro Cecin. & lib. 1. & 2. de orator. & in topic. in loco à similitudine*, super illa quæstione, *an posthumo substitutus non nato posthumo admittendus esset.* En que Lucio Craso defendió la parte afirmatiua, y venció por sentencia del juyzio Centum Viral, y dá la razon Ciceron, his verbis: *Quid? Verbis satis hoc contra erat? Quæ igitur valuit? Voluntas, quæ si tacitis nobis intelligi posset, verbis omnino non vteremur, quia non potest, verba reperta sunt, non quæ impedirent, sed quæ indicarent volũtatem.*

73 ¶ Quæ sententia comprobatur etiã ex *l. ventri, ff. de ventre inspiciend.* & eam laté defendunt Bart. *in l. 1. num. 12. ff de vulgar.* vbi etiã Alexand. *num 33.* Iaso *num. 28.* & cæteri communiter Fachin. *lib. 4. controuers. cap. 46.* & plures referens Fusar. *de substitut. quæst. 64. à num. 1.* Hector Capic. Latro. *consultat. 76. & 77. volum. 2.*

74 ¶ Lo septimo, porque en terminos que semejante grauamen como el que en nuestro caso se puso se tenga por real, y aya de extenderse de persona ad personam, y tener lugar en qualquier sucessor en quien concurrieren los dos mayorazgos, lo resuelven Flores de Mena ad Gammã

*decis.* 27. *num.* 8. *vers. Ad finem decisionis*, Mieres 2. *p. quæst.* 6. *à num.* 499. *maximé ex num.* 507. *&* 515. *cū seqq.* & post Mastrill. & alios, plené & omnino videndus Dom. Castillo *tom.* 6. *cap.* 181. *per totum.*

75 ¶ Con que parece no se puede dudar que a don Diego de Ahumada le assisten la voluntad de los fundadores, y reglas todas de derecho, y solo nos quedarà el satisfazer a las oposiciones cōtrarias.

76 ¶ Non obstant igitur las consideraciones y fundamentos que propusimos *supra n.* 41. porque a todos ellos se satisfaze, cō que en los mayorazgos y fideicomissos lo primero que se deue atender es la voluntad de los fundadores, a que estan sugetas las demas reglas, como superior a todas. *Authent. de nuptijs*, §. *disponat, collat.* 4. *l. cum ita*, §. *in fideicommisso*, ibi: *Nisi defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit*; *ff. de legat.* 2. *l. in conditionibus, ff. de condit. & demonstrat. l.* 40. *Taur. in fin.* Y conociendose por todo lo que hemos fundado, que la volūtad de la fundadora fue que este mayorazgo no se juntasse con los de su padre, abuelo, y suegro, de esta voluntad expressa (quando no huuiera las palabras absolutas y vniuersal que ponderamos *supra à num.* 55.) nacia otra conjecturada y verosimil de que como prohibio la junta en la linea de don Iuan, que era el hijo primogenito, quiso tambien prohibirla en las de don Francisco y don Andres, ne aliás eius mens eluderetur, & memorię conseruatio quam exaptauit periret. Y por la misma razon y voluntad verosimil se permite hazer extension de vn caso a otro, y de persona a persona, contra las reglas vulgares que lo prohiben, ex iuribus supra adductis *num.* 70. tradunt Bart. *in l. Gallus*, §. *& quid si tantum, num.* 3. *ff. de liber. & posthum.* quem ibidem cæteri sequuntur Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *à num.* 24. vbi etiam Addit. Ioseph. de Rustic. *in proœm. ad l. cum auus, cap.* 2. *à num.* 62. *vsqué ad* 78. Casanat. *cons.* 4. *à num.* 69. *vsqué ad* 80. Dom. Castillo *lib.* 2. *cap.* 22. *à num.* 95. plenè & videndus *tom.* 6.

*cap.*

*cap.181.num.11.& seqq.* donde satisfaze concluyétemente a todos los fundamentos contrarios, y procede esta regla etiam si fiat extensio ad casum disimilem cõtrarium, & omnino oppositum, *dict. l.fin.C.de posthum.hæredib.instit. l.vltim.C. de instit. & substit.* Iaso *in l.cum res, num.1.ff.de legat.1.* Menoch. *lib.4. præsumpt.26. à num. 4.* Mieres *2.part. in initio, num.* 141. cum finis semper agentem principaliter moueat, & causa causarum sit, vt ex Aristotel. & Alexand. Raudense, notat Casanat. *cons.45 num.* 107. & ab eo regulentur omnia, *l.etsi non sint, §.perueniamus, ff.de aur.& argent.legat. l.certum, ff.si cert. petat.* Dom. Molin. *lib.1. cap.5. num. 15.* Mandel. Albens. *cons.97.num.15.* subijciens. *Et respiciendum non est ad verba testamenti, nec ad formam datam per testatorem, sed solum ad mentem eius, & intentionem, & ad effectum quem intendebat testator, & ad causam, quæ eum mouebat.* Mieres *2.part.in præfat.num.16.& 24.*

## *EN QVANTO A LA COMISSION QVE tuuo doña Gracia.*

77 ¶ Oponese lo segundo; que en quãto a los bienes de don Francisco de Ahumada no pudo doña Gracia de Mendoza su muger poner las clausulas y condiciones que puso en virtud de la facultad y comission que su marido le diò, porque el comissario deue ajustarse a la disposicion de derecho, y no puede hazer mayorazgo irregular, ex Dom. Gregor. *in l.2.tit.15.part.2.glos.13 quæst.1.* Dom. Paz *de tenuta, cap.34.num.116. cum seqq.* Mieres *1.part.quæst.48.num.68.* Noguerol *allegat. 9. á num.56.maximé num.72.& 79.*

78 ¶ Sed hoc non obstante, lo cierto es, que consistiò y valió la disposicion de doña Gracia, no solo en quanto a sus bienes; si no tambien en quanto a los de don Francisco de Ahumada su marido, ex sequentibus.

79 ¶ Tùm, porque el dicho don Francisco le diò poder a doña Gracia su muger para que pudiesse

pudiesse testar por el, y hazer vn mayorazgo de mil ducados de renta en don Francisco de Ahumada su hijo segundo, y esto bastara para que pudiesse doña Gracia fundar el mayorazgo con las condiciones y calidades que quisiesse, de la misma suerte que pudiera don Francisco su marido, en cuyo lugar se subrogò por la facultad y comision que le diò, iuxta textum *l. si eum, §. qui iniuriarũ, ff. si quis cautionibus*, cum adductis per Mieres *dict. quæst. 48. num. 25.* vers. *Et certé cum comissarius.* Dom. Castillo *lib. 4. cap. 36. num. 50. & seqq.* y se ha de tener por disposicion de don Francisco mas que de doña Gracia, *vt in l. vnum ex familia, in princip. & in §. si de falcidia, ff. de legat. 2. l. 2. §. omnia enim, C. de veter. iur. enucl.*

80 ¶ Tùm, porque no se contentò don Francisco de Ahumada con dar a doña Gracia la facultad que hemos dicho para hazer mayorazgo, si no que añadiò: *El qual pueda otorgar la dicha doña Gracia con las fuerças, clausulas, vinculos, y firmeças, llamamientos, y demas condiciones necessarias que a ella le pareciere.* Donde se ha de notar, que la comision y facultad fue para poner qualesquier clausulas, y hazer las substituciones y llamamientos que le pareciesse, con que no se puede oponer de defeto de poder y comision, pues fue especial para lo referido.

81 ¶ Y aunque la palabra, *le pareciere*, boni viri arbitrium demonstrat, *l. fideicommissaria libertas 46. in princip. ff. de fideicommissar. libertatib. l. fideicommissa 11. §. quamquam, ff. de legat. 3.* o y induze y denota lo mismo que la palabra, *quisiere*, *ex l. 29. tit. 9. part. 6.* vbi verbum, *quisiere*, & verbum, *tuuiere por bien*, æquiparantur, vt ibidem observauit Dom. Gregor. verbo, *tuuiere por bien*, Dom. Castill. *dict. cap. 36. num. 49. in fin.*

82 ¶ Y quando dixeramos que denotaua arbitrio solo se opusiera a el, quod præter rationem esset, vt sentit Augustin. Barbos. *de clausul. clausul. 118. num. 1.* ibi: *Nam quod vissum est præter rationem*

*tionem non bene visum dicitur.* Y la disposicion de doña Gracia, y incompatibilidad que puso no solo no fue irracional, sino antes muy conforme a la volũtad de don Frãcisco de Ahumada su marido, pues el susodicho dispuso, que el mayorazgo se fundasse en don Francisco de Mendoza su hijo segundo; & hoc non alia ratione, que porque quiso q̃ fuesse mayorazgo de secundogenitura, y que no se mezclasse, ni confundiesse con los mayorazgos q̃ posseya don Iuan su hijo mayor, ex adductis supra á *num. 43. vsque ad 46. & num. 48. cum seqq.* y bastara esta voluntad conjecturada que verosimilmente se colige de don Francisco de Ahumada, para que doña Gracia su muger no solo pudiesse, pero aun tuuiesse obligacion de seguirla, *ex l. creditor, §. si inter maritum, ff. mandati,* cum adductis per Dom. Castill. *lib. 2. cap. 26. à num. 15.* Noguerol *allegat. 9. nu. 60. & 63.*

83 ¶ Tum, porque de otra suerte fuera superflua la comission y facultad que a doña Gracia se le diò para poner las clausulas, y hazer los llamamientos que le pareciesse, y quedarã sin efecto las palabras referidas contra la regla de la *l. si quando, ff de legat. 1.*

84 ¶ Tum, porque eadem ratione, vemos, que a el que se le dà facultad de eligir, o dexar algun fundo, o bienes a persona de la familia puede dexarlo a quien le pareciere, y hazer llamamiento en los mas remotos, que conforme a lo regular no auian de suceder, *l. vnum ex familia, §. si de falcidia,* ibi: *Eodẽ vel dispari gradu, ff. de legat. 2.* D. Molin. *lib. 2. cap. 5. num. 4.* & ibi Addit. Mier. 1. *p. q. 73. à n. 1.* Gutierr. *lib. 2. pract. q. 67. n. 3.* D. Paz *de tenut. d. c. 34. n. 106.*

85 ¶ Y llamara el hijo segundo, o hija excluyendo a el primogenito varon, ex D. Greg. *in l. 2. tit. 15. part. 2. glos. 13. q. 3.* D. Molin. *d. cap. 5. à num. 3. vsque ad 7.* & ibi Addit. P. Molin. *tom. 3. disp. 594.* D. Paz *d. c. 34. à n. 105. vsque ad 113.* D. Castill. *tom. 6. c. 160. à n. 11.*

86 ¶ Y aunque por la *l. 27. de Toro* solo se les dá facultad a los padres para poner en el tercio los vinculos y substituciones que quisieren, sin embargo no es dudable, que entre los descendientes puede preferir a los que quisiere, aunque sean mas remotos, y hazer el mayorazgo irregular, o como le pareciere, vt obseruauit D. Molina *in annotationib.n.* 10. vbi Addit. plures refert D. Paz *ad l. stili* 200. *ex n.* 145. D. Castill. *d. lib.* 4. *c.* 36. *nu.* 61. & *tom.* 6. *c.* 128. *n.* 17.

87 ¶ Tum etiam, porque el que tiene facultad para hazer mayorazgo con las substituciones y llamamientos que le pareciere, lo puede hazer de eleccion, que es mayorazgo irregular. D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 7. & ibi Addit. referens P. Molin. *disput.* 592. optimé Noguerol *allegat.* 2. *nu.* 59. donde resuelue, que se puede hazer mayorazgo irregular y de agnacion aun quando la facultad y comission es solo para hazer mayorazgo rationem subiiciens: *Quia quamuis hæ conditiones sint cōtra naturam regularem maioratuum, tamen cum possit fundator eas adhibere ex natura actus & potestate sibi á lege concesa, non excedit terminos dictæ facultatis si prædicto modo instituat maioratum, quia semper intelligitur iuxta naturam propriam, vel accidentalem maioratus.* & pluribus ibi hoc exornat. Y antes en el mismo num. y en el antecedēte trae algunas reglas y autoridades que conduzen para el mismo intento.

88 ¶ Y aunque los mas de los Doctores que hemos referido hablan en facultad dada por su Mageстad, o por la ley, lo mismo procede en la dada por el testador, vt animaduertunt Tellius *in l.* 33. *Tauri, num* 4. vers. *Tertius casus.* Angulo *in l.* 3. *glos.* 7. *num.* 2. vers. *Idem si iusit.* Mier. 1. *p. quæst.* 48. *nu.* 25. D. Paz *dict. cap.* 34. *nu.* 110. Nam valet argumētum à testatore ad legem, & é contra. Authent. *de nupt.* §. *disponat, collat.* 4. Glos. *in l* 1. *de his quib. vt indign.* Ioseph. de Rusticis *in l. cum auus, lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 18. Barbos. *in locis communib. loco* 60. & *loco* 112. *á num.* 1.

Y en

89 ¶ Y en terminos de facultad y comission dada por testador para fundar mayorazgo, q̄ el comissario lo pueda hazer irregular, defendit late & videndus D.Castill. *lib. 4. cap. 36. à num. 31.* maximé *ex num. 46. vsque ad fin.* vbi sic decisum testatur Carpio *lib. 2. de executorib. vltimar. volunt. c. 19. n. 48. & 49.*

90 ¶ Tum denique, porque en nuestro caso procede mas sin duda por las circunstancias particulares de el, videlicet por las palabras tan amplas y exuberantes de la facultad y comisſion que a doña Gracia se le dió, vt obseruauimus supra num. 80. Y por la verosimil voluntad que por su misma disposicion se reconoce tuuo el dicho don Francisco de Ahumada, vt supra num. 82. y ser todos los litigantes descendientes del dicho dō Francisco y de doña Gracia, cōque no se puede oponer de excesso de la comisſion, vt cum iudicio perpēdit D.Castill. *dict. cap. 36. n. 61.* vers. *Ex alio quoque.* Y que quando huuiera alguna duda, se deuia deferir mucho a la declaracion que haze el comissario, Mantic. *de coniectur. lib. 3. tit. 1. num. 20.* & post alios D.Castill. *tom. 6. cap. 184. num. 1.* Mier. 1 *part. quæst. 48. num 191.* ibi: *Et hæc sententia iubatur, quia pro maiore parte testatores, qui huiusmodi commisſiones cōcedunt, eas communitant cum executoribus, & propriam voluntatē illis exponunt, & num. 205.* Principalmente quando el comissario viene a ser la muger de el testador, quia nemo magis præsumitur scire voluntatem defuncti, quam ipsius vxor, cuius declarationi circa interpretationem voluntatis defuncti est standum, vt per text. *in l. si quis à filio, § si plures, ff. de leg. 1. l. 8. ff. vnde cognat.* post Bart. Fulgos. & Alexand. tradit Tiber. Decian *cons. 34. num. 94. lib. 3.* Honded. *cons. 80. à num. 40. & 48. lib. 2.* Cæs. Barc. *decis. 81. n. 22. & 23.*

91 ¶ A que no obstarán las autoridades que referimo supra num. 77. Porque Gregor. Lopez habla quando la facultad y comisſiō fue solo para hazer mayorazgo, y dize, que se ha de entender,

der, vt eum faceret in filium maiorem, prout magis est, y assi lo explicó D. Castill. *lib.4. cap.36.nu.* 68 y aun en estos terminos le resiste lo que fundamos sup. à num.84. Pero en los de nuestro pleyto la comission fue mas ampla, y con las circunstancias que hemos ponderado.

92 ¶ El señor dõ Christoual de Paz habla casi en los mismos terminos que Gregorio Lopez, y a todos sus fundamẽtos satisfaze D. Castill. *dict.cap.36 num.71*. pero de ellos mismos se reconoce, que habla en diferente especie que la nuestra, pues supone, que la facultad y comission se cõcedió simpliciter ad faciẽdũ maioratũ, y q̃este quedò hecho regular por el mismo testador, y que la facultad fue solo para eligir a vno de los hijos, y no se podia extender a los nietos, y con el primer nombramiento expiraua, y que no auia comissiõ especial para poder hazer llamamientos como se requeria por la *l.31.de Toro*, quæ omnia in nostro casu diuersimodé se habent.

93 ¶ En el caso de Mieres no auia tampoco condicion para poder hazer llamamientos, ni trae fundamento, ni autoridad alguna por su parte.

94 ¶ Y en el de Noguerol auia todas las circunstancias que pondera *dict. allegat. 9. à num.56.* maxime *ex num.60. vsque ad 64.* y la duda alli era si en virtud de la comission y facultad se podia nõbrar a persona estraña, lo qual es contra la naturaleza y fin de los mayorazgos, y quando no cõcurren estas circunstancias, el mismo lleuó lo contrario *in allegat. 2. num.59.* vt animaduertimus supra num.87.

## Tercero Articulo.

95 ¶ Tambien se pretende contuuo nulidad la sentencia de vista, por dezir, que la demanda comprehendiò solamẽte el mayorazgo que de sus bienes fundó doña Gracia, y que assi la sentencia

cia no pudo extenderse como se extendió a el mayorazgo de los bienes de don Francisco de Ahumada, marido de doña Gracia, que ni estaua pedido, ni sobre el auia auido conocimiento, ni substanciadose el juyzio.

96 ¶ Pero esta oposicion se excluye por diuersos medios y fundamentos.

97 ¶ El primero es, que aunque en la demanda parece que solo se expressa el mayorazgo fundado por doña Gracia de Mendoza, pero en estas palabras se comprehendió tambien el que llaman mayorazgo de don Francisco de Ahumada, porque de los vnos y otros bienes hizo la fundacion doña Gracia, y ordenò la sucessión, y formó los llamamientos, y si bien en los bienes de don Francisco de Ahumada su marido obrasse en virtud de la comission que el dicho don Francisco le diò, y por esto el acto y fundacion parezca se deue atribuyr antes a don Francisco, que a doña Gracia, que fue la executora, iuxta textum in *l. item eorum, §. decuriones, ff. quod cuiusque Vniuersitat. l. Vnum ex familia 69. §. 1. ff. de legat. 2.* nam qui per alium facit perinde est ac si faceret per se ipsum, *l. qui mandat. l. cum iussu, ff. de solut. cap. qui facit 72. de regul. iur. lib. 6.* todo esto est quoad iuris interpretationem, & per eius fictionem, vt colligitur ex *dict. l. qui mandat.* ibi: *Ipse Videtur solVere, dict. cap qui facit,* ibi *Perinde est,* & post Tiraquell. *de retract. conVentional. §. 1. glos. 5. num. 27.* obseruauit Petrus PeKius *in dict. capit qui facit, num. 5.* pero en la verdad, y atendiendo a lo natural de el acto, quien le haze es el comissario, ó mandatario, vt animadvertit Petrus PeKius vbi proximè *num. 6.* ibi: *Verius est, quòd si ipsum actũ facti quatenus in executione, & natura positus est consideremus is qui mandat dici non potest Veré fecisse, quod alius fecit.*

98 ¶. Y las palabras siempre se han de interpretar naturaliter, & non ciuiliter, *l. fin. C. de his qui Veniam ætat. l. fideicommissum, ff. de condit. & demonstrat. l. ex parte, §. insulam, ff. de Verbor. obligat. l. si*

*quis ita, §. fin. ff. de legat.* 2. y en el sentido literal, & non secundum iuris intellectum, *l. qui liberis* 8. *§. hæc verba, ff. de vulgar. & pupill.* vbi notant communiter DD.

99 ¶ Principalmente siendo palabras de libelo, que siempre se hã de interpretar como mas vtil le fuere a la parte que le hizo, iuxta textum *in l. si quis* 66. *ff. de Iudicijs*, his verbis: *Si quis intentione ambigua, vel oratione vsus sit, id quod vtilius ei est, accipiendum est*, vbi notant glos. & cæteri scribentes Fulgos. *consil.* 13. *num.* 1. Bald. *consil.* 477 *lib.* 3. Castrens. *consil.* 197. *num.* 2. *lib.* 1. Cardinal. Tusch. *lit. L. conclus.* 308. *á num.* 16. admitiendo qualquiera interpretacion que le diere dũmodo verba possint per interpretationem redduci ad illum intellectum, Socin. sen. *consil.* 39. *num.* 17. & 18. *lib.* 1. Alexand. *consil.* 38. *num.* 2. *lib.* 3. Rip. *in l. naturaliter, §. nihil commune, num.* 134. *ff. de adquirend. possess.* Burgos de Paz *in proœm. leg. Taur. num.* 315. Tusch. *dict. conclus.* 308. *num.* 10. *& seqq.* aunque sea impropriandolas, porque se han de interpretar vt menti libellantis, & eius interpretationi deserviant, Roman. *consil.* 245. *num.* 4. & 5. Socin. sen. *consil.* 160. *à num.* 18 *lib.* 2. Iaso *in l. sed etsi possessori, § item si iurauero, col. penult. ff. de iur. iurand.* Tusch. *dict. conclus.* 308. *á num.* 13. & 17. Y assi supuesto que en quanto a los bienes de don Francisco de Ahumada fue tambien quien hizo la fundacion doña Gracia de Mendoza, justamente podemos dezir que en la demanda se comprehendieron los vnos y otros bienes, pues fue toda vna fundacion hecha por doña Gracia.

100 ¶ El segundo fundamento es, que aunque, conforme a la doctrina de Oldraldo *consil.* 174. *num.* 2. seguida por muchos que junta el señor Molina *lib.* 4 *cap.* 2 *num.* 84. & ibi Addit. quando vn mayorazgo se funda por marido y muger se juzgan y tienen por disposiciones diuersas esto no nos es de impedimento. Lo vno, porque Oldraldo, y los demas que le siguen hablan para efeto de que el que quedare viuo pueda reuocar el testamé-

to,

to, ó disposicion en quanto à sus bienes, quod minimé contrarium est nostræ quæstioni. Lo otro, porque aun en estos terminos no procede la opinion de Oldraldo quando vno solo es el que dispone ex consensu alterius, vt per textum *in l. sicut, §. venditionis, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* observat post plures Dom. Molin. *dict. cap. 2. num. 84. vers. Sed hoc limitari solet*, & ibi Addit. Zeuallos *quæst. 310. à num. 16.* Dom. Castillo *lib. 2. cap. 18. num. 38.* y aqui quien dispuso fue solo doña Gracia de orden y consentimiento de don Francisco de Ahumada, y en virtud del poder que le dió. Lo vltimo, porque tambié cessa la disputa, si consta que los fundadores quisieron que los bienes no se diuidiessen, si no que fuesse siempre vno el posseedor de todos, porque entonces se reputa y juzga por vn solo mayorazgo, vt animadvertit Dom. Gregor. *in l. 2. tit. 15. part. 2.* verbo, *el mas propinquo pariente, quæst. 5.* ibi: *Sed pone retento eodem themate, quod maritus & vxor expresse voluerunt, & dispossuerunt, quod esset vna tantum maioria semper, quod non potest verificari, quod supra dictum est, vt succedant duo, vnus in bonis viri, alter in bonis vxoris, imò vnus tantum debet succedere, &c.* quem sequuntur Zeuall. *quæst. 265. à num. 13. vsque ad 24.* Dom. Perez de Lara *lib. 2. Capellanijs, cap. 2. à num. 27.* Nicolaus Garcia *de Beneficijs, 7. part. cap. 15. num. 21.* Dom. Castillo *lib. 5. cap. 67. num. 28. & 29.* & in nostra specie doña Gracia, vsando de la comision y poder que le dió don Frãcisco de Ahumada su marido, expressamente dispuso, que en quanto a los bienes de el dicho su marido se guardassen todas las clausulas y grauamenes que por su testamento tenia puestas en la mejora del tercio que auia hecho, con que vino a vnir y agregar los vnos y otros bienes, y los sugetò a vnos mismos llamamientos, grauamenes, y condiciones, & ex natura relationis fue lo mismo que si huuiera expressado en quanto a los bienes de el marido todo lo que cerca de la mejora de el tercio de los suyos auia dispuesto, iuxta textum *in l. ait*

Prætor 5. §. si Iudex, ff. de re iudicat. ibi: *Quasi quantitatem nominauerit, quæ testamento, vel codicillis relicta est, l. asse toto 77. ff. de hæredib. instit.* cum latè congestis per Dom. Castillo *lib 4. cap. 43. à num. 1. & 8.* & consequenter es precifo que se tenga todo por vna disposicion y mayorazgo.

101 ¶ El tercero fundamento viene a ser, que quando juzgaramos por agregados y incorporados con el mayorazgo de doña Gracia los bienes de don Francisco de Ahumada su marido, adhúc, no se pudiera tener por nueuo y distinto mayorazgo, si no por vno solo, sin diferencia, ni diuersidad en la substancia, ni en la calidad, iuxta textum *in l. sed si manente ff. de precar.* & per alia iura & fundamenta lo defienden, aun en terminos que el aumento se hizo no por el mismo fundador, si no por alguno de los sucessores, de eius omnino videndus *cons. 497. per tot.* & anteà *cons. 362.* Iacob. Beteta *cons 74.* Aymon Craueta *cons. 987.* Tiber. Decian. *cons. 33. nu. 125. lib. 1.* Mieres *1. part. quæst. 10. num. 19. & 23.*

102 ¶ Maximé en mayorazgo que como cuerpo vniuersal, y capaz de recebir aumento, ó diminucion, Dom. Molin. *lib. 1. cap 26. á nu. 20.* vbi Addit. Petrus Barbos. *in 3 part. Rubricæ ff. solut. matrimon á num. 4.* facilius in eo hæc procedunt, vt probat textus *in l grege 21. cum l. sequenti ff de legat. 1. l peculium 67. ff. de legat. 2. § si grex, & §. si peculium. Instit. de legat.* melior textus *in l peculium 41. ff. de pecul.* ibi: *Peculium nascitur crescit, decrescit, & moritur.* Et inferius, ibi. *Crescit cum augmentum fit, l. quod dicitur 5. ff. de impens. in reb. dotalib. fact.* ibi: *Vtrùm dos crescat, an vero dicimus ex integro, non videri dotem, & ego vbi pecunia data est, non dubito dotem videri creuisse; l. 46. Tauri*, ibi: *Sean assi de mayorazgo como lo son, ò fueren las ciudades, villas, ó lugares, y heredamientos, y casas donde se labraren*, vbi in terminis notat Auendaño *glos. 7. num. 4.* Azeued. *in l. 6. tit. 7. lib. 5. Recopilat. num 4.*

103 ¶ Vnde noua investitura non est opus

opus in augmenti feudi, *cap. 1. §. si quis de manso, si de investit. feud. controuer. fuer.* copiosè Rosental. *de feud. cap. 10. conclus. 44. à num. 4.* nec noua possessione, quia idem feudum iudicatur, Rosental. *dict. conclus. 44. num. 28. & 35.* Mieres 1. *part. quæst. 10. numer.* 115.

104 ¶ Et hac ratione aun quando no se tuuiera por pedido mas que el mayorazgo de los bienes de doña Gracia, ni la sentencia huuiera caydo mas que sobre el, se pudiera executar tambien en quanto a los bienes de don Francisco de Ahumada como aumentados, ó incorporados en el mayorazgo de doña Gracia, vt probat textus in *l. si cū testamentum 21. §. 1. legi tecum 26. § fin ff. de exception. rei iudicat. l. si opus,* vbi Alberic. *ff. quod vi, aut clam, l. quamvis,* iunct. glos. verbo, *perinde, ff de bon. authorit. Iudic. pos. l sed cum patrono, §. 1. ff. de bonor. posses.* Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. glos. 18. num. 53.* Tiber. Decian. *respon. 52. num. 55. lib. 1.* Mieres 1. *part. quæst. 10. num. 20. & 125.* Dom. Salgad. 4. *part. cap. 10. à num. 115. & num. 118.*

105 ¶ Y lo mismo defiende Iuan Garcia *de expensis, cap. 22. num. 5. & 6.* porque quando los bienes se aumentaron y incorparon en el mayorazgo con las mismas calidades y condiciones de el, dize, quod noua petitione, vel sentētia, non est opus, sequuntur Addition. ad Dom. Molin. *lib. 1. cap. 26. num. 2.*

106 ¶ Y el fundamento es juridico, porque se tiene todo por vna misma cosa, y cuerpo, *l. & an eadem 14 ff. de exception. rei iudicat.* ibi: *Idem corpus in hac exceptione, non vtiqué omni pristina qualitate, vel quantitate servata, nulla adiectione, diminutione vé facta, sed pingius pro communi vtilitate accipitur,* vbi glos. verbo, *vtilitate;* inquit. *Quæ est vt finis sit litium, & dic pingius, idest largius, quam verba patiantur, & est exemplum in quantitate corporis aucta, vel diminuta, &c.*

107 ¶ Sin que sea de consideracion el dezir, que en la instancia passada no se deduxo, ni conoció de los bienes de don Francisco de Ahumada,

y que la sentencia no pudo caer en lo que no auia auido conocimiento.

108 ¶ Porque se responde. Lo vno, que aun quando estuuieramos en juyzio general, bastara auerse conocido de lo principal, y de la causa y derecho de sucession, por donde el aumento se ha de regular, para que la sentencia, aun quando no lo expressara, obrasse tambien cosa juzgada, nō solum in prosequutis, & expressis, sed etiam in appenditijs dependentibus, connexis augmentis, & cohærentibus, *l. si cum tibi* 4. *C. de Iudicijs*. Dom. Salgado *de Reg. protect. part. 4. cap. 10. à num. 89. cum pluribus seqq. & num. 107. 111. & 117.*

109 ¶ Lo otro, que aunque en los juyzios generales, secundum aliquos, sea necessario, quod saltim in genere augmenta sint antea petita, ex Dom. Salgado *dict. cap. 10. num. 124.* el de el mayorazgo se tiene por juyzio vniuersal, Dom. Paz *de tenuta, cap. 8. num. 37.* Dom. Castillo *tom. 6. cap. 135. num.* Dom. Salgado *de Reg. protect. part. 4. cap. 10. num. 3.* y en los juyzios vniuersales la sentencia se extiende etiam ad augmenta, & quomodocunque ad vniuersitatem pertinentia, *l. si hæreditatem 4. l. licét minimam 10. l. si quo tempore, ff. de petit. hæreditat. l. 1. §. 1. ff. si pars hæredit. petat. l. quæsitum est 31. ff. de pecul.* textus optimus *in l. sed et si possessori, §. fin. ff. de iur. iurand. l. si à te 9. §. si quis fundum, ff. de exception. rei indicat.* secundum tertiam lectur. gloss. *l. 1* ibi. *Possideres vé, ff. quorum legator.* cum laté congestis per Dom. Couarr. *practicar. cap. 12. num. 6.* Menoch. *de adipiscend. remed. 1. à num. 70.* laté & omnino videndus Dom. Salgado *part. 4. cap. 9. à num. 158. & 166. cum seqq.* Donel. *lib. 19. cap. 14.* & ibi Ossuald. Anton. Fabr. *in rational. ad l. 4. ff. de petit. hæredit.* Anton. Gomez *in l. 45. Taur. num. 166.* porque lo que en ellos principalmente se pretende es, quod declaretur ius actoris, & non quæ res in vniuersitate comprehendantur, *dict. l. licet minimam 10. l. 1. ff. quorum bonorum,* ibi. *Et ad vniuersitatem bonorum, non ad singulas res pertinet.* textus optimus *in l.*

defen-

*defensionis facultas, C. de iur. fisci, lib.* 10. Bart. eleganter *in l.* 1 *num.* 7. *&* 9. vbi etiam Bald. *num.* 8. *ff. de ædendo,* Panormitanus *in cap.* 2. *de libell. oblat. n.* 21. *&* 22. Anton. Gomez videndus *in l.* 45. *Tauri, nu.* 166. Dom. Salgad. *dict. cap.* 9. *à num.* 170. *& c.* 10. *nu.* 66. Donell. *lib.* 19 *cap.* 14 & ibi Ossuald. *lit. A.* Y assi aunque la prosecucion sea especial, no restringe lo vniuersal de el juyzio, ni la determinacion, *dict. l. si hæreditate n* 4. *ff. de petit. hæredit.* cum cæteris iuribus supra adductis, Speculator *titul. de act. & petit. § sequitur secunda,* vers. *Differunt,* eruditè Bart. *in dict. l.* 1. *num.* 9. *ff. de ædendo,* Panormit. vbi proximè, Ias. *in Rubric. num.* 36. *ff. solut. matrimon.* & ibidem Petrus Barbos. 3. *p. n.* 50.

110 ¶ Lo vltimo, que en nuestra especie la prosecucion, vt statim dicetur, fue no solo sobre los bienes de doña Gracia, si no tambien sobre los de don Francisco de Ahumada, pues se presentò no solo el testamento de doña Gracia, que miraua al mayorazgo de sus bienes, si no tambien el poder para testar que su marido le dio, y disposicion que en virtud del ella hizo.

111 ¶ El quarto fundamento, y que assegura totalmente nuestra pretension, es, que quando se procede sola facti veritate inspecta, como se deue proceder en nuestro Reyno, ex *l.* 10 *titul.* 17. *lib.* 4. *Recopilat.* Tunc ferri potest sententia super probationibus, licet non sit facta petitio, vel causa contenta in petitione non sufficiat, si ex probationibus appareat causa apta, & sufficiens ad condemnandum, vt resolvunt Gama *decis.* 15. *num.* 3. *& decis.* 19. *num.* 5. *& decis.* 103. *num.* 141. Magon. *decis. Lucens.* 53. *num.* 7. Menoch *de arbitrariis, lib.* 1. *quæst.* 31. Alex. *in l. si ita stipulatus, § Chrisogonus, n.* 8. *ff. de verbor. obligat.*

112 ¶ Y expressamente se comprueua *in dict. l.* 10. *Recopilat.* en que se dispone, *que se juzgue según la verdad que hallaren prouada,* non autem dicit que se hallare pedida. Y la dicha clausula importa tanto, quod Iudex potest manu Regia inspecto

pecto iure gentium, & etiam remoto iure ciuili in causa procedere, vt cum Bart. & alijs tradit Gramatic. *decis. 19. à num. 4.* & ex nostris obseruarunt Auendaño *respons. 1. à num. 22.* Parlador. *lib. 2. cap. 10 à num. 2.* Azeued. *in dict. l. 10. à num. 118.* Hermosilli. *in l. 56. tit. 5. p. 5. glos. 7 à n. 33.*

113 ¶ Maximè en Senado tan supremo, el qual sicut Princeps, vt in *l. 1. ff. de offic. Præfect. Prætor.* Quinimò & vt ipse Deus sola veritate inspecta, etiam super non petititis iudicare potest, vt post Georgium, Nattam *in Clement. sæpè de verbor. significat.* obseruauit Marc. Anton. Natta *cons. 341. n. 7. lib. 1.* Gramatic. *d. decis. 19. n. 12.*

114 ¶ Y en nuestro caso, vt superius diximus, se presentaron por don Diego, no solo la fundacion del mayorazgo que por su testamento hizo doña Gracia de Mendoza, si no tambien el poder que don Francisco de Ahumada su marido le dio para testar, y hazer mayorazgo de el tercio y quinto de sus bienes, y la disposicion que en virtud del hizo, con lo qual reconociendose por las dichas escrituras que para este efecto se presentaron, que la sucesion de vnos y otros bienes tocaua y pertenecia a don Diego, justamente se declarò por sucessor dellos.

115 ¶ Para lo qual aun sin las circunstãcias que hemos ponderado, es texto expresso el §. *sin minus 34. Instit. de act.* in hæc verba: *Sin minus intentione sua complexus fuerit actor quã ad eum pertineat; veluti si cum ei decem aurei deberentur quinque sibi dari oportere intenderit, aut si cum totus fundus eius esset partẽ dimidiam suam esse petierit sine periculo agit, in reliquum enim nihilominus Iudex aduersarium in eodem iudicio ei condemnat, ex constitutione diuæ memoriæ Zenonis,* & ibidem communiter DD. Bart. *in l. scire 29. ff. de verbor. obligat. num. 6.* Afflict. *decis. 95. n. 8.* Ioseph. Ludouis. *decis. Lucens. 46. n. 5.*

116 ¶ Y si esto procede en los juyzios particulares, con quanto mayor razon tendria lugar en los vniuersales, in quibus ex bono, & æquo omis-

omissis strictis iudiciorum regulis proceditur, vt inquit Vvesembech. *in paratitla ad tit. ff. de hæredit. petit. num.6. circa fin.* ibi. *Nam cum sit vniuersale iudicium, & augmentum, ac decrementum dict. l. item 30. §. 1. hoc tit. natura sua pro ratione variantium circunstantiarum, & varijs rerum euentis recipiat, ideo certa formula concludi, & strictis iudiciorum regulis includi nequit, sed quo suum cuique rectè tribuatur ex bono, & æquo, vt interpretationem recipiat necesse est, idque & publicè interest, vt voluntatibus defunctorum ad quas pertinet hæc petitio prolixius consulatur, l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. l. 3. C. de testam.* quam laudat Ossuald. ad Donell. *lib. 19. cap. 14. lit. B. in fin.*

117 ¶ El vltimo fundamento viene a ser que quando huuiesse alguna duda, ò se pudiesse pretender que auia nulidad en la sentencia de vista, no se deuiera atender, no importando como no importa para la justicia principal, si no mirada esta, y reconociendose que le asiste don Diego, se deue confirmar la dicha sentencia, vt arg. text. *in l. fin. §. fin. ff. quod metus causa, l. illicitas, §. veritas, ff. de officio Præsidis,* post Alexand. & alios tradit Vantius *in tract. de nullitatib. titul. vltim. qualiter sententia & processus defendi, seu reparari possint, à num. 106. vsque ad 110.* latè Aluarus Valascus *de iure emphiteut. quæst. 6. num. 14. & de partitionib. cap. 39. à num. 71. vsque ad 77.* elegante Gama *decis.* 237. donde aun en el defecto de citacion admite lo mismo. Et *num. 2.* inquit: *Et quanquam duo ex nostris Collegijs annullabant per supradictā sententiam, & acta, doctissimus tamen Ioannes Amelo sententiā, & acta non annulari debere dixit, sed solum audiendum Deum non citatum, vel non legitimè citatum, & hoc sæpissimè affirmo Senatum censuisse, vt ille non citatus de suo iure doceat, an sit debitor, vel non? Ne aliter procedendo lites ex litibus oriantur contra notata in cap. finem litibus de dol. & contum. vtque veritate inspecta ius suum vnicuique tribuatur, inania & subtilia quædā, quæ si admitteremus redderent lites immortales contra iuris intentionem,* & ibidem Flores de Mena plenè hoc etiam comprobans, y a

M esto

esto mirò la *l.4.tit.17.lib. 4. Recop.* que dispuso, que oponiendose de nulidad por qualquier causa que sea contra la sentencia de vista, se reserue para difinitiua para que se conozca della, y de la justicia principal juntamête; y sobre todo cayga la determinacion, vt cum iudicio animaduertit post alios Carleual. *tom. 2. de iudic. tit. 3. disput. 16. n.49* y lo hemos siempre visto obseruado, sin que despues de reseruada la nulidad se trate della en la sentencia de reuista, si no solo de la justicia pricipal.

# Articulo Quarto.

118 ¶ Don Francisco de Ahumada Luzon que ha salido en esta instancia de reuista, pretende, que en caso que se declaren estos mayorazgos por incompatibles, y el sobre que se litiga no auer podido estar junto con el principal en la persona de doña Catalina, le toca a el la sucessión, respecto de que quando se juntaron en don Francisco de Mendoza y Ahumada, padre de don Diego, y abuelo de la dicha doña Catalina, no auia nacido el dicho don Diego, y lo estaua ya don Francisco, que es hijo de don Andres de Ahumada, que lo fue tercero de la fundadora, los fundamentos de q̃ se valen son: porque en las sucessiones se atiende a el tiempo de la vacante, *l. 1. §. sciendũ, & l. Titius, ff. vnde legitim. l. 1. §. si quis proximior, ff. vnde cognat. l. 2. §. fideicommissis de legat. 2. l. si quis filio exhæredato, ff. de iusto rupto, l. Paulus, §. penultim. ff. de bonis libert. l. si cognatis, ff. de rebus dubijs, l. interuenit, ff. de legat. præstandis.*

119 ¶ Y no ha de estar in suspenso, & in pendenti la sucessión, ex *l. fin. ff. commun. prædior.* y mas de bienes de mayorazgos, ex *l. 45. Taur.* ibi: *Muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de possessión se traspasse la possessión ciuil y natural del siguiente en grado.* Dize, *luego*, la ley, latinè, *illico*, que se entiende absque dilatione temporis, *l. idem,*

*l. idem, §. si cui mandauero, ff. mandati, l. litigatoribus,* vbi glos. verbo, *illico, C. de appellation.* ex multis Barbol. *dict.* 68.

120 ¶ Ex quibus iur. D. Molin. de primog. *lib.* 3. *cap.* 10. per tot. auiendo disputado el punto latamente por vna y otra parte, resoluio en fauor del nacido tempore delationis maioratus, y en contra del que ex post facto nacio, quem sequuntur Auendaño, Diego Perez *in l.* 1. *titul.* 6. *lib.* 1. *ordin. pagin.* 138. vers. *Probatur etiam,* Palac. Rub. *in repet. Rubricæ,* §. 76. *num.* 33. Licerier *de primogen. lib.* 1. *quæst.* 21. vers. *Et ista pars, in l.* 45. *Taur. glos.* 4. *num.* 1. Rodrigo Suarez *allegat.* 27. *num.* 13. Mieres *de maiorat.* 2. *part. quæst.* 6. *num.* 35. Aluarado *de coniecturis lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 13. *& num.* 102. *in fin.* Dom. Perez de Lara *de Capel. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 59. Gratian. *cap.* 218. *nu.* 72. Ceuall. *comm. quæst.* 698. *num.* 25. Gutierrez *cons.* 1. *num.* 15. Azeued. *cons.* 9. *num.* 25.

121 ¶ A este vnico fundamento, sin que en fauor de don Francisco assista otro de regla, linea, ni llamamiento, respondemos concludenter duplici medio.

122 ¶ El primero, que auiendo voluntad de los fundadores de que en qualquiera tiempo que naciere hijo segundo del posseedor de los dos, entonces passe en el la sucession, licet antes huuiesse vacado el mayorazgo, no tiene inconueniente de que ad hoc vt obseruetur voluntas, quæ in successionibus primum locum obtinet, *l. in conditionibus, ff. de condit. & demonstrat. l. cum ita legatur, §. in fideicommisso, ff. de legat.* 2. *l.* 27. *& l.* 40. *Tauri, & dict. l.* 45. ibi: *Passe a aquel que segun la disposicion de el mayorazgo huuiere de suceder,* sit in suspenso donec adimpleatur conditio por el nacimiento de los llamados.

123 ¶ Sic deducitur *ex l. ex facto, ff. de vulgar. l. non sint in princip. C. de bonis quæ liber. l. in substitutione* 31. *ff. de vulgar.* ibi: *Placuit prudentibus si quandocumque hæres fuisset, l. si quis hæredem* 7. *C. de substitut.* ibi:

ibi: *Sancimus quandoque completa fuerit conditio, siue mortis tempore, siue post mortem conditionem videri esse completam.* Y la razon desto la da el §. siguiẽte *in dict. l. si quis hæredẽ*, ibi: *Quod & in legatis, & fideicommissis, & libertatibus obtinendum esse censemus, ne dum nimia vtimur circa huiusmodi cẽsus subtilitate iudicia testantiũ defraudẽtur.*

124 ¶ Tenent Bald. *in l. peto*, §. *fratre in fine, ff. de legat. 2.* Zancus *in l. hæredes mei*, §. *cum ita, ff. ad Trebelian. num. 272.* Guillerm. Benedict. *cap. Raynuntius*, verbo, *& soboles*, Loazes *in l. filius familias*, §. *diui, num. 589. ff. de legat. 1.* Tiraquel. *de retract. linag* §. 1. *glos. 2. num 83.* Fachin. *lib. 8. controuers. cap 4. per tot.* Raudens. *de analogiis lib. 1. cap 34. num. 320. cum seqq.* Petra *de fideicomm. quæst. 11. nu. 552.* Socino Senior *cons. 19. num. 5* Nata 675 *num. 6.* Rom. 134. *num. 4. vers. Quoad quartum.* Paris 71. *num. 27.* Cephal. 318 *num. 57.* Riminald. Iunior 564. *num.* 25. Menoch. 97. *n.* 79. Surdo 125 *n.* 41. Boerio *decis.* 172. *nu.* 6. Magon. *Florentina* 91. *n.* 21. Franch. 179. *n.* 20. Guidon Pap. 511. *n* 2.

125 ¶ Optimé Peregrin. de fideicommis. art. 22. num. 73 ibi: *Neque obstat, quod defunctorum voluntates non possunt stare in suspenso, nam id procedit cum non constat de voluntate testatoris, nẽpe ex eius voluntate, l. qui hæredi, §. fin ff. de condit. & demonstr.*

126 ¶ Farinacio decis. 593. nu. 3. tom. 2 nouis. ibi: *Non est inconueniens, quod dominium bonorum alienatorum, siue ius successionis remaneat in suspenso: Quia respondetur in non esse absurdum subsistẽte aliqua causa, præsertim, quando constat de voluntate testatoris.*

127 ¶ Fusario de subst. quæst. 318. nu. 79. ibi: *Non obstat principale fundamentum huius opinionis, quod defunctorum voluntates, non possunt stare in suspẽso, nam respondent al j, quod voluntates possunt stare in suspenso, cum speratur suspensionem cessare, veluti per natiuitatem filiorum nascendorum ex spe probabili, & quando cõstat de voluntate testatoris, qui vult stare in pendenti.*

128 ¶ Y en explicacion *dict. l.* 45. *Tauri*, y sin embargo de las palabras della, ibi: *Luego passe*, Pat. Molin. de iust. & iur. dispu. 634. column 11.

vers. *Ad secundum.* ibi: *Ad secundum dicendum est nullum esse absurdum si dominium maioratus, sit etiam aliquando in pendenti; id enim potest statuere maioratus institutor si voluerit, apponendo conditionem, quæ veré suspendat successionem.*

129 ¶ Et ex Greg. Lopez *in l. 7. tit. 4 p. 5* Mieres *de maiorat. 2. part. quæst. 4. illat. 8.* Pat. Thom. Sanchez *de matrim. lib. 7. disput. 91.* D. Ioannes del Castillo *lib. 5. cap 91. num. 48. vers. Considerandum.* ibi: *Non ideo quod lex ipsa Tauri disposuerit, quod mortuo vltimo maioratus possessore, possessio ciuilis & naturalis transeat in sequentem absque vlla apprehensione visa fuerit, aut videatur eam maioratibus naturam dare, & constituere, vt in pendenti eorum successio stare non posit; nam in pendenti esse potest ex voluntate, præsumptaque institutoris mente, sicut late comprobaui supra num. 44. neque id derogare intenditur lege vlla, vllo modo neque etiam aliud per eã statuitur, quæ præsumptæ institutoris voluntati, quæ ex forma verborum deducatur detrahi valeat vllo pacto.*

130 ¶ Eademmet verba refert Cabrer. *de metu lib. 2. c. 9. n. 28. vsque ad 42.*

131 ¶ Y ajustando este fundamento a el verdadero hecho de nuestro pleyto, se hallarà voluntad conocida de la fundadora, para q̃ si ex post facto naciesse hijo segundo en quien pudiessen diuidirse los dos mayorazgos, passasse este a el; sic clausula.

132 ¶ *Conque qualquier sucessor que por esta orden suceda dexe este dicho vinculo a su hijo segundo: por manera que en qualquier tiempo que por falta de hijos legitimos de los dichos don Francisco y don Andres viniere este vinculo a el hijo mayor de don Iuan de Ahumada que tuuiere por falta de segundo, este mayor dexe este dicho vinculo a el hijo segundo que tuuiere, conque se nombre del apellido de Mendoza y Ahumada: y por este mismo orden, y por falta de hijo segundo del dicho don Iuan de Mendoza y sus sucessores viniere en la persona que huuiere los mayorazgos de mi padre, y abuelo, y suegro, el tal sea obligado a dexarlo a su hijo segundo EN QVALQVIER TIEMPO QVE LO HVVIERE.*

133 ¶ Ex quibus claré & manifesté deducitur intentio fundatricis auer sido, de que aun que despues de juntadose los mayorazgos naciesse hijo segundo prefiriesse en este, ibi: *Por manera q en qualquier tiempo*, & concludit, *sea obligado a dexarlo a su hijo segũdo en qualquier tiempo que lo huuiere*, vbi notatur dignum verbum illud *en qualquiera tiempo*, Latinè, *Quandocumque*, omne tempus comprehendens Doctores *in l. Centurio ff. de vulgar. & in l. precibus, C. de impub. l. Iulian. ff. de legat. 3. cap. solite de maioritate & obediẽt.* Felin. *in c. cũ accessisset de cõst.* Honded *cõs* 55. *n.* 42. *vol.* 2. Menoch. *cons.* 399. *num* 32. Surdo *cons.* 460. *n.* 58. Cardin. Tusch. *lit. D. concl.* 339. *n.* 2. Barbos. *dict.* 308. *n.* 1.

134 ¶ Por manera que auiendo sentido de filijs postea nascituris, nihil dubij el auer podido ex volontate estar in suspenso veluti, *ex dict. l. in substit. ff. de vulgari, l. si quis hæredem, C. de subst.* & alijs iuribus supra congestis, Socino iunior *cons.* 172. *lib.* 2. *num* 3. Paril. *cons.* 71. *lib.* 4. *num.* 8. Peregrin. *cons. fin. num.* 4. *lib* 5. *vers. Quod igitur.* Cefalo, *cons.* 310. *num.* 57. Petra *de fideicommis. q.* 11. *nu.* 582. Guidon Pap. *decis.* 511. *num.* 2. Vincent de Franch. *decis.* 139. *n.* 20. Menoch. *cons.* 97. *n.* 79. & 40 *per tot.* & 500. *n.* 9.

135 ¶ Magon. *dict. decis. Florent* 91. *n.* 21. ibi: *Præterea cessant contrariam, quando de contraria mente testatoris apparet, vt cogitaret etiam de filijs filiorum nascituris vt id factum apparet.* Et infra: *Vnde quandocumque eorum alteri institutorum filij nascentur portio patris illis pertinet, quia testator respexit etiam ad futurum.*

136 ¶ Surdo *cons.* 125. *num.* 41. ibi: *Prædicta quoque deseruiunt pro responsione circa quintum fundamentum, quia etsi de iure debeat, quis esse habilis & capax successionis tempore testamenti mortis testatoris, vel conditionis purificati, tamen hoc non procedit quando constat de voluntate testatoris, prout constat in præsenti casu, in quo testator vocauit nascituros substituendo filios sororis, qui tunc non stabant; cum enim vocati fuerint nascituri, illi debẽt accedere quandocumque nascantur, siue ante, siue post euentum conditionis.*

Fachi

137 ¶ Fachin. *lib. 4. cõtrouers. cap. 88. vers. Fin.* ibi *Ad quintum respondeo præferendos qui dem esse eos qui solt extant tempore testamenti, vel etiam tempore eueniẽtis conditionis secundum iuris regulas: sed nõ vbi testator patem rationem eorum habuit, atque existentium tempore cõditionis; tunc enim etiam postea nati suã obtinere debent portionem, etsi proximo in gradu sint, totã sibi ex fideicommisso vendicare successionem.*

138 ¶ Et in maiorato, distinguiendo entre los llamamientos limitados al tiempo de la vacante en que procede la regla, seu a el contrario si miran a tracto successiuo, que en qualquier tiempo que se verifique la voluntad ayan de obseruarse, etiam si ex post facto nascatur el llamado para que este obtenga, decidunt Pater Molin. *dict. disput.* 634. q̃ proponiendo la question *à num.* 5. interpretando a el señor Doctor Luys de Molin. *d. cap.* 10. *lib.* 3. *n.* 15. & 25. cõcluye, ibi: *Nihilominus quando contrarium significant, & persuadent verba testatoris, vt in exemplo proposito vtique contrarium erit dicendum, neque id pugnat cum naturam maioratuum Hispanorum, quibus non repugnat ad tempus esse in suspenso, præsertim quando id ita voluit, ac statuit institutor, lex autem* 45. *Tauri, intelligenda est si in rerum natura, iam existat vocatus, neque vocatus sit sub conditione aliqua pendente in futurum tẽpore delationis maioratus.*

139 ¶ Alex. Raudens *de annalog. dict. cap.* 34. *à num.* 118. Gaspar Anton. Thesaur. satisfaziẽdo tambien al señor Molin *lib.* 3. *cap.* 84. *quæst. For. num.* 8. Dom. Ioan. del Castill. *d. lib.* 5. *c.* 91. *n.* 43. & *n.* 48. *vers. Hactenus.* Cabrer. *de meth, d. c.* 9. *à num.* 29. *cum seqq.*

140 ¶ Lo qual procede no solo en nuestra especie donde la voluntad es manifiesta de estar llamados los hijos segundos en qualquier tiẽpo que los huuiere, verum quãdo se induxesse por conjecturas, *ad l. licet Imperator,* vbi Bart. *ff. de legat.* 1. *l. si quis locuples ad fin. ff. de manumiss. testam. l. cum proponebatur in fin. l. qui solidum, §.* 1. *ff. de legat.* 2. *l. Titius, §.* 1. *ff. de lib. & posth. l.* 28. *tit.* 9. *p.* 6. *vers. Otro si dezimos*

Mier.

Mieres *de maiorat.* 2 *.part. in initio, num.* 21. *& quæst.* 6. *num.* 164. illic: *Et est advertendũ in verbis, l.* 40. *Taur.* ibi: Salvo si otra cosa se huuiere dispuesto. *Quod voluntas expressa dicitur, quæ ex coniecturis colligitur.*

141 ¶ Et in puncto en fauor de los despues nacidos Paris. *cons.* 71 *.lib.* 4 *num* 8. Peregrin. *cons. fin num* 4 *vers Quod igitur, lib.* 5. Fusar. *quæst.* 318 *num.* 92. Surd. *dict. cons* 125. *num.* 34. Thesaur. *dict. quæst.* 84. *num.* 12 *lib* 3. Dom. Castillo *dict. cap.* 91. *à num.* 43. *& tandem num* 48. illic: *Nam impendenti esse potest ex voluntate, præsumptaqué institutoris mente.*

142 ¶ Y es en tanta manera verdad cierta la proposicion referida, que ninguno de los Doctores que siguen a el señor Doctor Luys de Molina parece son contrarios in casu voluntatis, vt videre est per illos, nam Gregor. Lopez *in l.* 10. *tit.* 31. *part.* 3 *glos.* 6. habla generaliter, y sin mouer la question de la voluntad, refiriendo a Romano *cons.* 134. que resolvio en fauor de esta parte, dize: *Que illius fundamenta & rationes sunt multum vrgentes.*

143 ¶ Auendaño *in l.* 45 *glos.* 4 *num.* 1. solo dize, que la sucesion no ha de estar in suspenso, remitiendose a el señor Molina *dict cap.* 10.

144 ¶ Mieres 2. *part. quæst.* 6. *num.* 35 *in* 1. *æditione, & num.* 148. *in* 2. Didac. Perez *in l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 1. *ordinament.* Palac. Rub. *in Rubric* §. 66. *nu.* 33. Liciriei *de primogen. lib.* 1. *quæst.* 21. que hablan en feudos, loquuntur generice, y lo mismo Rodrigo Suarez *ex l. fin ff. comm. prædiorum.*

145 ¶ Dom. Perez de Lara *lib* 2. *cap.* 9. *num.* 59. Gutierrez *cons.* 1. *nu* 15. Gratian. *cap.* 288. *num.* 72. Azeuedo *cons.* 9. *num.* 25 Zeualli *quæst.* 698. *num.* 25. tratan de Capellanias, y sin mouer la question de voluntad.

146 ¶ Alvarado *de coniectur. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 13. mueue el punto de la sucession generice. Y en el *num.* 102. vers. *Si verò*, fauorece a el que nace despues de la contrauencion, aunque aya passado

lo la possession á otro.

147 ¶ Con que en la especie indiuidual, quando assiste voluntad de el Fundador, no hemos visto Doctor alguno que vote lo contrario, ni parece lo es ipsemet Dom. Molin. *dict. cap.* 10. antes su juyzio se inclina a esta parte sub *num.* 35. y assi lo explican sus Adicionadores *num.* 1. *dict. cap.* 10. que mencionando á el Padre Molina proponunt, ibi: *Dicens quod ex voluntate testatoris, quod maximè species dispositionis pendet, vt comprobat Autor supra nu.* 31.

148 ¶ Dom. Castillo *dict. cap.* 91. *nu.* 43. *in med.* ibi: *Sed ipse Molin. qui adeò constanter tuetur veriorem sententiam, vt is qui tempore mortis, vbi ita possessione proximior maioratu irreuocabiliter succedere debet adeò, vt si ex post facto alius proximior inveniatur successio, non sit ab illo auocanda, agnoscit expresse, dict. cap.* 10. *lib.* 3. *quod quamvis proximitas eorum qui post delatam successionem nascuntur attendi non debeat, vt ipsi in maioratu succedere, & successionem auocare possint, attamen quod attendenda sit quando ex voluntate testatoris aliud appareat, deprehendi vé possit, tùnc namqué etiam non nati, nequé cõcepti tempore delatæ successionis præferri debebunt.*

149 ¶ El segundo medio, & absquè satisfactione nostro videri, consiste, en que la question propuesta y controuertida por el señor Molina *dict. cap.* 10. *lib.* 3. viene a ser quando la sucession de el mayorazgo se defiriò por muerte de el vltimo posseedor, que entonces en fuerça de las palabras de la ley 45. de Toro, ibi: *Muerto el tenedor, luego passe*, & ex *l. fin. ff. commun prædior.* dize no deue estar in suspenso: pero quando se trata de suceder, no por muerte de el posseedor, si no por contrauencion de el, enagenacion seu aliâ simili causa veluti in præsenti: vtrùm estos dos mayorazgos son incompatibles, y en caso que no puedan concurrir juntos en vn posseedor, ha de auer sentencia declaratoria de ello, y condenarle a la restitucion de el vno a el que se declarare por sucessor, sicuti notant Gregor. Lopez *in l.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. *quæst.* 7. *in fin.* Ma-

tienço *in l.8.tit.7.lib.5.* Dom. Paz *de tenuta, cap.29. per tot.* Dom. Valençuela Velazquez *cons 69. num. 200. per tot.* Pat. Molin. *disputat. 279 num. 3.* Alv. *de coniectur. lib. 2. cap. 3. §. 3. num 43.*

150 ¶ Túnc omnes fatentur, que aunque despues de la contrauencion nazca el a quien auia de tocar la sucessión, puede intentarla, y pedir ser declarado perteneceirle, y aurá de obtener, veluti in terminis Paul. Castrens. *cons. 24. num. 8. & 9. lib. 1.* Ruin. *cons. 22. lib. 2.* Peregrin. *de fideicomiss. art. 22. num. 75.* Costa *de retroctat. mibus, lib. 2. cap 7.* Marta *de succes. legal. part. 1. cap. 22.* Giurba *ad consuetud. Messan. cap. 1 glos. 4. part. 1. num. 106.* Fusar. *de substit. quæst. 318. ex num.* [illegible]

151 ¶ Et ex nostris Dom. Molin. *dict. capit. 10. lib. 3. num. 44.* vers. *Sed quamvis.* Y dá la razon, ibi: *Quod ex eo præsertim probatur, quod quamvis verum sit, quod in hoc casu dies alienationis, & dies mortis vltimi maioratus possessoris æquiparentur, id tamen sequẽtis successoris petitionẽ, atquẽ Iudicis declarationem requirit,* & prosequitur *num 45.* videndus Flores de Mena ad Gam. *decis. 27* Robles Salcedo, *de repræsentat. lib. 2. cap. 2. num. 28.*

152 ¶ Alvarado *de coniectur. lib 2. cap. 3. num. 102. in fin.* ibi: *Si vero tempore alienationis rerum maioriæ proximior Titius erat vltimi possessori, sed nascatur Sempronius, qui illam antecedit in linea, & gradu, licet verum sit, quod hoc casu in successione maioriæ dies alienationis, & dies mortis æquiparentur, vt fatentur omnes qui de hac re locuntur: nihilominus quia Iudicis declaratio requiritur postulante Titio priore loco nato, & æquitas suggerit, proximior posteà ante vendicationem, & declarationem istam natus puta Sempronius admittẽdus est.* Dom. Castillo *dict. cap 99. num. 55.* Addentes ad Molin. *dict cap. 10. num. 44* vers. *Secunda veró conclusio.*

153 ¶ Lo qual absquẽ contradictore ha passado quando post alienationem, seu contrauẽtionem no ha pedido otro successor ser declarado, ni se le han mandado dar los bienes, sicuti notant Petra *de fideicommiss. quæst. 11. num. 585.* & Dom. Mo

lin.

in *dict. cap. 10. num. 44. vers. Sed quamvis*, ibi: *Nihilominus tamen contrariam sententiam admitti poterit, saltim quando is qui tempore alienationis rerum maioratus, proximior erat ante proximioris natiuitatem rem ipsam alienatam non reuocabit, neque ipsius successionem maioratus sine exhæredatione subsequuta vindicabit.*

154 ¶ De que resulta, que pues don Frãcisco de Aumada Luson no ha deduzido semejante derecho contra la dicha doña Catalina, ni contra su padre, ni abuelo, y quando sale a el pleyto es viendo con sentencia de vista contra a la susodicha casada, don Iuan de Ahumada su hijo, bien se conoce que obstan las consideraciones juridicas que auemos presentado, assi de la voluntad de la fundadora para que sucediesse el hijo segundo en qualquier tiempo que naciesse, ex dictis supra *á num.* y la de la sugeta materia de no tratarse de sucession por muerte de el vltimo posseedor, sino por incompatibilidad de dos mayorazgos, en que es necessario sentencia declaratoria supra *à num.* Con que està excluydo el susodicho, y que assisten a el don Diego como hijo segũdo dos fundamentos de derecho que se han advertido.

155 ¶ Præsertim quando se halla con lo principal de las sucessiones de los mayorazgos, y regla de ellos, que es la prerrogatiua de la linea de hijo mayor, como lo fue don Francisco de Mendoza su padre, por la qual deue obtener sin hazer transito a la de don Andres, padre de don Francisco, que era hijo segundo, *cap. 1. de natura successionis feudi*, ibi: *Adsolet, & ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit, l. 2. titul. 15. part. 2. l. 2. titul. 18. part. 3.* Domin. Couarruvias *practicar. capit. 38. numer. 12.* Domin. Molina *de primogen. lib. 3. capit. 4. numer. 13.* vbi Addition. alter Molin. *disput. 589. num. 5.* Mieres *de maiorat. 4. part. quæst. 91. num. 19.* Mantica *de coniecturis, lib. 13. tit. 49. á num. 2.* Marta *de succes. legal. 1. part. quæst. 2. art. 2. num. 29.* Rota

apud

apud Farinac. *decis.* 627 *num.* 5. Dom. Valençuela *consi.* 97 *num.* 13. & 14. Dom. Castillo *lib.* 5 *cap.* 9 *num.* 35. Dom. Ioan. de Latrea *decis. Granatens.* 11 *num.* 1.

156 ¶ Y assi esperamos deuerse determinar en fauor de el dicho don Diego. Et va in omnibus, &c.

*El Lic. Herrera Pareja.* *El Lic. D. Pedro Muriel de Bercal.*